

UTILIZACIÓN PRAGMÁTICA DEL DERECHO ROMANO EN DOS MEMORIALES INDIANOS DEL SIGLO XVII SOBRE EL PROTECTOR DE INDIOS *

FRANCISCO CUENA BOY
Universidad de Cantabria (España)

I. CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS INDIOS: SU *STATUS* COMO PERSONAS MISERABLES

El punto de partida y la razón de ser de una función como el amparo de los naturales, y de un oficio como el Protector de Indios, se encuentra en una doctrina jurídica particular cuyo arranque se remonta a la legislación romana del Bajo Imperio, y en virtud de la cual los habitantes originarios de las Indias -los naturales de ellas- llegaron a ser considerados en conjunto como "personas miserables", necesitadas por esta razón de un trato jurídico especial o privilegiado. A decir verdad, no les hubiera sido difícil a los autores españoles de los siglos XVI y XVII encontrar para el Protector de Indios otros precedentes igualmente romanos y tardíos, como, por ejemplo, el *defensor civitatis* que asumió a partir del 368 la tutela de la plebe frente a los abusos de los *potentes*¹. Veremos más tarde, sin embargo, cómo los juristas indianos pasaron por alto este posible paralelo y prefirieron caracterizar la Protectoría de Indios como especie de tutela; un resultado al que ayudó indudablemente la extensión a los indios en masa de los beneficios y

* Este trabajo será publicado también en los Estudios en homenaje a Giuseppe Gandolfi. Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a la Profesora Ana María Barrero por su ayuda para reunir la bibliografía especial sobre el Protector de Indios.

¹ Cfr. F. CUENA BOY, *El defensor civitatis y el Protector de Indios: breve ilustración en paralelo*, en *Temas Socio-Jurídicos*, vol. 14, nº 31 (1996) p. 43 ss.; señala éste y otros posibles antecedentes C. RUIGÓMEZ GÓMEZ, *Una política indigenista de los Habsburgo: el Protector de Indios en el Perú*, Madrid, 1988, p. 35 ss.; vid. también Ch.R. CUTTER, *The "Protector de Indios" in colonial New Mexico, 1659-1821*, Albuquerque, 1986, p. 7 s.

privilegios que la tradición del *ius commune* reconocía desde antiguo a algunas categorías de personas señaladas en derecho como miserables².

En el lenguaje jurídico-legislativo, esta palabra ("miserable", *miserabilis*) aparece por vez primera en una constitución de Constantino relativa a la intervención del emperador en las causas que afectan a pupillos, viudas u otras personas miserables:

Imp. Constantinus A. ad Andronicum. Si contra pupillos viudas vel diutino morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatu nostro sui copiam facere. quin immo intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. 1. Quod si pupilli vel viduae allique fortunae iniuria miserabiles iudicium nostrae serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere [a. 334]³.

En los términos de esta ley son miserables los menores no sujetos a patria potestad (*pupilli*: cfr. D. 50,16,239), las viudas, los enfermos incurables y los inválidos (*debiles*), aunque la lista no es exhaustiva y bien puede haber otras personas que lo sean *fortunae iniuria*. Los beneficios que se les conceden en princi-

² Sobre la condición jurídica de los indios como personas miserables, vid. M.N., OLIVEROS, *La construcción jurídica del régimen tutelar del indio*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (1967) p. 105 ss.; P. CASTAÑEDA DELGADO, *La condición miserable del indio y sus privilegios*, en *Anuario de Estudios Americanos* 28 (1971) p. 245 ss.; A. GARCÍA GALLO, *La condición jurídica del indio*, en Id., *Estudios de Historia del Derecho privado*, Sevilla, 1982, p. 167 ss.; W. BORAH, *El status jurídico de los indios en Nueva España*, en *América Indígena* 45,2 (1985) p. 257 ss.; I. SÁNCHEZ BELLA, A. DE LA HERA, y C. DÍAZ REMENTERÍA, *Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1992, p. 57 ss.; J.M. GARCÍA AÑOVAROS, *La idea, status y función del indio en Juan de Solórzano y Pereira*, en Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure* (Lib. III: *De retentione Indiarum*), Madrid, 1994, p. 111 ss., espec. 114 ss., 165 s.; F. TOMÁS Y VALIENTE, *La condición natural de los indios de Nueva España, vista por los predicadores franciscanos*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* VI, México, 1994, p. 239 ss., ahora en Id., *Obras completas* V, Madrid, 1997, p. 4335 ss.; G. GONZÁLEZ MONTILLA, *La miserabilidad del indio en el siglo XVI*, ponencia presentada al X Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Lima, 12-15 de agosto de 1996. Para el contenido de los privilegios que les corresponden en cuanto tales, Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, Madrid, 1647, II,28 y 29 (cito por la reciente edición de la Biblioteca Castro cuidada por Francisco Tomás y Valiente y Ana María Barrero, Madrid, 1996); Alonso de la Peña Montenegro, *Itinerario para párrocos de indios*, 1668, nueva ed. Madrid, 1771, reeditado ahora en la segunda serie del Corpus Hispanorum de Pace, Madrid, 1995 (dos tomos), libro II, prólogo, tratado I, prólogo y secc. I y II; cfr. A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del Derecho indiano*, México, 1994, p. 320 ss.

³ Se trata de la ley única del título *Quando Imperator inter pupillos vel viudas vel miserabiles personas cognoscat et ne exhibeantur*. CJ. 3,14,1 = CTh. 1,22,2 = Brev. 1,9,2.

pio son sólo de carácter procesal; así, no pueden ser forzados a salir de sus provincias por causa de litigios en los que hayan sido demandados ante el emperador, mientras que si son ellos mismos como demandantes los que lo solicitan, especialmente ante el temor de algún poderoso, se obliga a sus adversarios a comparecer ante el imperial examen.

La literatura romanística moderna sobre la citada ley de Constantino es prácticamente inexistente. Parece claro que esta disposición debe encuadrarse en el ambiente de corrupción civil y decadencia política que caracteriza a los últimos siglos del Imperio y responde, como tantas otras medidas del mismo o similar carácter, al insistente esfuerzo de los emperadores para reducir los abusos de todo tipo perpetrados por los *potentiores*⁴. Lo que no cabe pensar, en cambio, es que en ella se proyecte ya la conceptualización unitaria de determinados grupos de individuos -las *miserabiles personae*- a modo de categoría técnica que el legislador bajoimperial haya querido introducir en correspondencia con un *status* jurídico peculiar y bien definido. A lo sumo, lo que hay aquí es un punto de partida, un asidero para la elaboración legal y doctrinal de aquella categoría en siglos posteriores.

La norma de Constantino inspiró, por otro lado, una ley de Partidas cuyo contenido es francamente similar y en la cual, por tanto, tampoco reconocemos todavía la presencia de las personas miserables como categoría jurídica propiamente tal:

Muevense a las vegadas maliciosamente omes ya a ganar cartas contra los huerfanos, e las biudas, o los omes muy viejos, o cuytados de grandes enfermedades, o de muy gran pobreza para aduzir los a pleyto ante el Rey, o ante los adelantados, o ante otros jueces que non son moradores en la tierra do biven estos sobredichos contra quien las ganan. E porque esto non tenemos por guisada cosa, nin por derecha: mandamos que la carta que fuere ganada contra qualquiera destos sobre dichos, o contra otra persona semeiante dellos de quien ome deviesse aver merced, o piedad por razon de la mezquindad, o miseria en que bive que non vala, nin sea tenuto de yr a responderle por ella a ninguna parte: si non ante aquel juez de su lugar do bive. Mas las otras cartas que qualquier destas personas cuytadas contra otri ganasse para aduzir lo ante el Rey, o ante otro juez que le otorgasse que lo oyesse, e le fiziesse aver derecho mandamos que vala (...) ⁵.

⁴ Vid. acerca de este punto A. WACKE, *The potentiores: some relations between Power and Law in the Roman Administration of Justice*, en *The Irish Jurist* 13 (1978) p. 372 ss., y ahora en ID., *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, p. 69 ss. (p. 74); alguna referencia también en M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 541 nota 11; G. SANTUCCI, *Potentiores e abusi processuali*, en *Atti Accad. Rom. Cost.* XI, Napoli, 1996, p. 325 ss.

⁵ *Part.* 3,18,41; vid. también *Part.* 3,3,5 y 3,23,20; en los tres lugares recuerda Gregorio López la ley de Constantino explicando, entre otros puntos, la sustitución de “pupilo” por “huérfano”

De cualquier forma, aquí no podemos detenernos en el detalle de la paulatina formación (y extensión) del concepto jurídico de persona miserable y en el desarrollo de los privilegios que configuraron el *status* correspondiente a esta categoría de sujetos⁶. Sí que importa, en cambio, señalar con brevedad los rasgos característicos de aquel concepto para percibir con mayor claridad las razones que motivaron su aplicación a los indios americanos.

Miserable es en principio toda persona digna de conmiseración. La amplitud de esta definición, aplicándose sobre una realidad surcada por todo tipo de inferioridades sociales y asimetrías jurídicas, dio pie a los autores para ir incluyendo en el concepto situaciones muy heterogéneas en las que de una u otra forma podía observarse el motivo de la *fortuna iniuria*⁷. De un modo más técnico, miserable es la persona incapaz de valerse por sí misma y necesitada en consecuencia de protección jurídica especial; aquí encajarían, por ejemplo, los menores y las viudas de la ley de Constantino⁸, aunque las causas de incapacidad pueden ser tantas y tan diversas que, fuera de los casos expresamente recogidos en las leyes, la determinación concreta de quién es miserable a los efectos de aquella protección se deja en manos del juez⁹. Será muy conveniente recordar esto cuando hablemos de los indios y veamos que *todos ellos*, con muy contadas excepciones¹⁰, caen bajo esta especial consideración legal.

La condición legal de persona miserable lleva aparejada una extensa serie de prerrogativas que envuelven prácticamente todas las actuaciones jurídicas posibles de los sujetos amparados en tal calificación¹¹; aunque, como es lógico, esas

(“*verbum hic positum est latius*”) y la inclusión de los ancianos en el elenco de las personas miserables (“*nam et ipsa senectus morbus est*”). El Rey se considera especialmente encargado de amparar a estas personas miserables: *Part.* 3,18,41 y 3,23,20.

⁶ Al respecto puede verse CASTAÑEDA DELGADO, *o.c.*, p. 245 ss.

⁷ Gabriel ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*; Madrid, 1630-1636, Tertia pars (*De privilegiis miserabilium personarum*), proemium, num. 4 ss. (Álvarez de Velasco fue Fiscal de la Audiencia de Lima y Oidor de la de Santa Fe de Bogotá); Ioannes Maria NOVARIUS, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, 2ª ed., Nápoles, 1637, praeludium VIII,2: “*Miserabilis enim personae appellatione venit omnis, cuius natura movet nos ad miserandum propter fortunae iniuriam*”. Sobre las clases de miserables, vid. CASTAÑEDA DELGADO, *o.c.*, p. 253 ss.

⁸ Pero vid. lo que dice Cuyacio *ad leg. unic. C. quando Imperator inter pupillos et viduas etc.* (CJ. 3,14,1): *miserabiles personas dicit non pupillos, aut viduas, sed debiles, et valetudinarios, qui ope aliena indigent, et miserabiles, non miseras*; cfr. *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, studio et opera Ioannis Fehi. Lugduni, 1627, tom. IV.

⁹ ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus cit.*, Pars prima, quaestio 4, num. 77; Tertia pars, quaestio 2, num. 6 ss.; NOVARIUS, *Tractatus cit.*, praeludium VIII,4: “*Itaquod cum certa regula dari nequeat communi calculo apud priscos, neothericosque est receptum in arbitrium iudicis repositum esse, quae nam miserabiles personae nuncupari debeant (...)*”; SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,28,1.

¹⁰ Vid. sobre ellas BORAH, *o.c.*, p. 262 s.

¹¹ El Tratado de Novario, por ejemplo, relaciona nada menos que 176 privilegios aplicables a estas personas en materia procesal y de contratos.

ventajas no se aplican todas siempre, sino dependiendo de la clase de miserable de la que se trate en cada caso. Entre los privilegios de alcance más general cabe recordar los establecidos en el terreno de la administración de justicia y particularmente los muy notables referidos al fuero competente para juzgar las causas que afectan a miserables; dado que la Iglesia considera como de su propia e irrenunciable competencia el cuidado de los desvalidos en general, la justicia sobre estas personas, simultáneamente colocadas bajo el amparo especial del Monarca, llegará a ser motivo frecuente de disputa entre las dos jurisdicciones, la eclesiástica y la secular¹², una situación de conflicto que prefigura la que se vivirá en Indias en la primera etapa del Protector de Naturales.

Por otro lado, aunque pensadas para favorecerle, no parece que estas especialidades del derecho se hayan propuesto rescatar al miserable del estado de inferioridad en que se encuentra (aceptado, por lo demás, como cosa natural y por lo tanto a no combatir directamente), sino acaso sólo ampararle *en ese estado*. Si esta idea es acertada, y creemos que para el caso de los indios lo puede ser, la bienintencionada miserabilidad habría tenido aparentemente una perversa consecuencia al sancionar de alguna forma la incapacidad y el desamparo de estos individuos, subrayando y apuntalando su situación de inferioridad. Esta interpretación puede ayudarnos a comprender el hecho, sin duda extraordinario, de que nunca a lo largo de todo el periodo colonial dejara de considerarse masivamente a los indígenas como personas relativamente incapaces -*ut indi*, cabría decir- y de darles el trato legal que se correspondía con tal calificación¹³: parecería, pues, que la legislación y la ideología protectora contribuyeron a inmovilizar a los nativos en una situación de desigualdad, subordinación y dependencia efectivas, convertida con demasiada rapidez y sorprendente naturalidad en lo que incisivamente ha llamado Clavero "*status de etnia*"¹⁴.

¹² La gran importancia de este problema puede apreciarse por el comentario de Gregorio López a *Part.* 1,6,48, gl. "*A decir al Rey*"; vid., por otro lado, CASTAÑEDA DELGADO, *o.c.*, p. 260 ss., para el planteamiento del tema en los autores; p. 307 ss., para la aplicación de estos privilegios a los indios; hablando de ellos decía DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, lib. II, trat. I, secc. II (p. 389) lo siguiente: "muchos doctores teólogos y juristas dicen que el despojo y la opresión que se hace a las personas miserables, como son los pobres, las viudas, los huérfanos, los rústicos y simples, son delitos *mixti fori*, que puede tomar la causa el juez eclesiástico para el desagravio". Sobre la competencia de la Iglesia, W. TRUSEN, *Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche*, en H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I. Mittelalter*, München, 1973, p. 484 s.

¹³ Las *Noticias secretas de América* de Jorge JUAN y Antonio DE ULLOA, en pleno siglo XVIII, son un buen testimonio de la persistencia del maltrato de los indios y de su condición de miserables necesitados de amparo y protección: vid. las sesiones cuarta a séptima y especialmente los párrafos 1 a 8 de esta última (cfr. L.J. RAMOS GÓMEZ, *Las "Noticias secretas de América" de Jorge Juan y Antonio de Ulloa [1735-1745]* II. Edición crítica del texto original, Madrid, 1985, p. 243 ss.). Sobre el mantenimiento de esta situación hasta el final de la colonia puede verse, por ej., CUTTER, *o.c.*, p. 81 ss., esp. 89 s., 97 ss.

¹⁴ Cfr. B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, 1994, p. 11 ss.: "*status de etnia*" resultante de la acumulación (o más bien de la multiplicación) sobre los

La miserabilidad, sin embargo, no tiene nada que ver con dudas acerca de la condición humana o la libertad natural de los indígenas, sino con la necesidad de proteger a éstos de las devastadoras consecuencias que el contacto con los europeos había empezado de inmediato a producir. Convencidos los españoles de la legitimidad de su presencia en Indias, su intento espontáneo será implantar allí una organización social y administrativa similar a la vigente en la metrópoli; y lo llevarán adelante no sólo para su propio lucro y bienestar, sino pensando también en extender a los nativos los beneficios de la vida política civilizada y de la fe cristiana.

En estas circunstancias, no es difícil imaginar el choque, brutal y demoledor, que supuso para los indígenas aquel contacto forzado con los modos de civilización y cultura europeos, los cuales se fueron imponiendo necesariamente por encima de los autóctonos y reduciendo su espacio hasta generar, con extraordinaria rapidez, condiciones objetivas de opresión y desigualdad¹⁵ que afectaban a unas gentes -los indios- reconocidas como vasallos libres de la Corona¹⁶. Precisamente

indios de tres estados preexistentes como eran los de rústico, persona miserable y menor; vid. el comentario de C. ÁLVAREZ ALONSO, *El Derecho, los indígenas y el Derecho indígena. (Algunas consideraciones sobre Derecho indígena y cultura constitucional en América, de Bartolomé Clavero)*, en *AHDE* 65 (1995) p. 993 ss., espec. p. 994 s., y la contestación de B. CLAVERO, "Colonos y no indígenas ¿Modelo constitucional americano? (Diálogo con Clara Álvarez)", *ibid.*, p. 1007 ss. espec. p. 1008-1010. En opinión de GARCÍA AÑOVEROS, *o.c.*, p. 165, "La desigualdad, inferioridad y minoridad del indio en la vida social y política son la consecuencia de su consideración de bárbaros y miserables" (cfr. p. 174); *Id.*, *Características del Cristianismo indígena*, en ALONSO DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, Madrid, 1995, cit., p. 40 s. "*Sunt enim Indi natura servi, pusilanimis, et meticulosi... et dominis suis ita subditi, ut nec movere possent pedem absque eorum consensu*": Juan de MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanae. 1580, in glos. rubr. n. 28. tit. 1. lib. 5; "*Indi quicumque, Indi sunt, et natura sui miseri, et parum capaces*": así decía el Padre Diego de AVENDAÑO, *Thesaurus indicus I, Additiones*, p. 32, núm. 141, citado por CASTAÑEDA DELGADO, *o.c.*, p. 300.

¹⁵ Vid. muy sumariamente OLIVEROS, *o.c.*, p. 107 s.; W. BORAH, *o.c.*, p. 259; RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 26; también J.M. OTS CAPDEQUÍ, *El Estado español en las Indias*, reimpr., México, 1993, p. 24 ss. "Los españoles no habían cruzado el océano con ánimo de trabajar sino para enriquecerse con el trabajo ajeno. Eran pocos y, una vez instalados en algún lugar, necesitaban la ayuda de los naturales, que por lo demás no eran laboriosos. Entonces se inició un sistema de trabajo compulsivo que llegó a asumir formas semejantes a la esclavitud y condujo a una explotación a veces inhumana del indígena": R. ZORRAQUÍN BECÚ, *El sistema de fuentes en el Derecho indiano*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* VI, Quito, 1980, p. 27. Una breve y apasionada descripción de los desastres que los indios experimentaron a raíz de su contacto con los españoles es ofrecida por Bartolomé de LAS CASAS en su *Brevissima relación de la destrucción de las Indias*, Sevilla, 1552.

¹⁶ Entre las muchas citas posibles, vid. la significativa afirmación de la libertad de los indios (que no son vasallos sino del Rey) de Juan de MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* cit., in l. 12. tit. 10. glo. 1. nu. 3-4; también SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 1; cfr. GARCÍA AÑOVEROS, "La idea, status y función del indio" cit., p. 116 ss. En la *Recopilación de Leyes de Indias*, Madrid, 1681, trata "de la libertad de los Indios" el tit. 2, lib. VI; cfr. II, 18, 37: "que los Fiscales tengan por obligación particular el acudir a la libertad de los Indios".

aquí es donde encuentra su origen el especial trato legal reservado a los naturales, ya que en ellos concurrían -como señalan los autores y admite la legislación¹⁷- todas las causas que justifican la concesión del título y los privilegios de persona miserable: ignorancia, pobreza, rusticidad, pusilanimidad, "continuos trabajos y servicios", etc.; no sólo eso, sino que, al ser conceptuados también como miserables los nuevos en la fe, sin necesidad de ningún otro motivo todos los naturales de los nuevos reinos quedaban comprendidos en aquella consideración¹⁸. Por lo demás, siendo la extensión del Evangelio el gran principio legitimador de la empresa americana, este carácter poco menos que permanente de neófitos¹⁹ vino a sellar de modo estable el destino colectivo de los indios como menores necesitados de tutela: he ahí, verosíblemente, uno de los más fuertes pilares del "status de etnia" que les fue aplicado con tan llamativa continuidad.

II. SINOPSIS HISTÓRICA DEL PROTECTOR DE INDIOS

La miserabilidad de los naturales, a la que acabamos de referirnos, propició el desarrollo de un vasto sistema legal y administrativo de amparo al que pertenece en primera línea la Protección de Indios²⁰. En realidad, la función protectora in-

¹⁷ FRANCISCO DE ALFARO, *Tractatus de officio Fiscalis deque fiscalibus privilegiis*, Valladolid, 1606, glos. 34. n. 38 (Alfaro fue Fiscal de las Audiencias de Panamá y Charcas, Oidor de la de Lima y Presidente de la de Charcas); IOANNES ZAPATA ET SANDOVAL, *De iustitia distributiva, et acceptione personarum ei opposita disceptationem, pro Novis Indiarum Orbis rerum moderatoribus Summisque et Regalibus Consiliariis elaboratum*, Valladolid, 1609, II,21,12 ss.; SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,4,27, II,28,1 y 3, V,6,27-28, invocando la ley de Constantino (CJ. 3.14.1) en la nota 52; DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, lib. II, trat. I, prólogo (p. 385 s.). En la legislación, cfr. *Recopilación de Leyes de Indias*, I,7,13, II,5,1, VI,10,2, entre otras; para los Concilios provinciales de Lima y México, CASTAÑEDA DELGADO, o.c., p. 282 ss.

¹⁸ PEDRO REBUFFO, *Tractatus de sententiis praeiudicialibus seu provisionalibus, in quo etiam declaratur ordinationes regiae materiae huic congruentes*, Coloniae, 1613, art. 3 gl. ult. &14; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus* cit., Tertia pars, quaestio 9, num. 39; cfr. GREGORIO LÓPEZ, *Part. 1.6,48*, gl. "A decir al Rey" i.f.: "(...) ubi sunt indi de novo conversi ad fidem, qui et dicuntur miserabiles personae"; SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,28,3; *Recopilación de Leyes de Indias*, VI,10,3: "(...) sacarlos del miserable estado de su gentilidad, trayéndolos a nuestra santa Fe Católica".

¹⁹ DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, lib. II, prólogo (p. 383 s.); vid., no obstante, SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,29,24. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *La condición natural de los indios* cit., p. 4344 ss., esp. 4349 ss.

²⁰ Sobre la historia del Protector de Indios, además de los libros de CUTTER y RUIGÓMEZ GÓMEZ citados en nota 1, vid. C. BAYLE, *El Protector de Indios*, Sevilla, 1945; D. RAMOS PÉREZ, *Historia de la colonización española en América*, Madrid, 1947, p. 348 ss.; C. BRUNO, S.D.B., *El Derecho público de la Iglesia en Indias. Estudio histórico-jurídico*, Salamanca, 1967, p. 33 ss.; E.O. ACEVEDO, *El protector de indios en el alto Perú (hacia fines del régimen español)*, en IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 5-10 de febrero de 1990, *Actas y Estudios* II, Madrid, 1991, p. 29 ss.; S.G. SUÁREZ, *Los Fiscales India-*

cumbía con carácter general a todas las autoridades y oficios relacionados con las Indias, ya fuesen civiles o eclesiásticos²¹, pero parece haber acuerdo en que, como cometido específico, el oficio de Protector nace en 1516, cuando fray Bartolomé de las Casas es nombrado “Procurador y Protector universal de todos los indios”²². Al margen de la significación especial del polémico dominico, en la que aquí no es necesario insistir, sí que importa destacar el hecho de que el primer titular del nuevo oficio fuese un hombre de Iglesia. En efecto, con el padre Las Casas se inicia una etapa en la que serán Protectores de Indios principalmente los Obispos y otros eclesiásticos²³, cada uno de los cuales, ejerciendo como tal, no sólo se atiene al cumplimiento de una Instrucción o un nombramiento real concreto, sino que intenta también satisfacer una obligación que la Iglesia considera como propia e indeclinable.

La intención de este sistema era aprovechar el respeto que los Prelados y religiosos en general inspiraban a los españoles y su influencia entre los indios. Sin embargo, varias causas lo hicieron fracasar en medio de una larga historia de conflictos²⁴. La falta de concreción de las atribuciones propias del cargo, muy poco precisadas en las instrucciones que se añadían a los primeros nombramientos, hacía que algunos Protectores se tomaran con demasiada literalidad su cometido de velar por la “defensa, instrucción, conservación y aumento” de los nativos, llegando a veces al extremo de reclamar una competencia exclusiva sobre todos los asuntos que a éstos concernían; esta insuficiente institucionalización del oficio producía el natural rechazo por parte de las autoridades seculares que veían sus competencias invadidas por el celo de los Protectores²⁵, y a todo ello se suma-

nos. Origen y evolución del Ministerio Público, Caracas, 1995, p. 267 ss. Ofrece abundante información histórica sobre el Protector de Indios Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga en su *Memorial* de 1671 (cit. infra, nt. 48).

²¹ Vid. la *Recopilación de Leyes de Indias*, IV,1,1, VI,6,14. Por eso pudo decir BAYLE, *o.c.*, p. 8 ss., que la Protectoría era un “estado político-social”.

²² BAYLE, *o.c.*, p. 14 ss.; RAMOS PÉREZ, *o.c.*, p. 350; CUTTER, *o.c.*, p. 9 ss.; RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 45 ss.; SUÁREZ, *o.c.*, p. 267 s.

²³ Inicialmente la Protección de Indios se encomendaba genéricamente a los religiosos que acompañaban a cada expedición; desde 1528/29 empieza a atribuirse a los Obispos por designación real.

²⁴ Cfr. BAYLE, *o.c.*, p. 56 ss.; CUTTER, *o.c.*, p. 11 s.; RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 62 ss.; SUÁREZ, *o.c.*, p. 270 ss.

²⁵ En 1529, el Gobernador de Nicaragua, licenciado Francisco de Castañeda, escribía al Emperador en estos términos: “Aviendo de cumplirse la jurisdicción del protetor en tanta manera, ninguna necesidad V.M. tiene de governador ni alcalde mayor”; por su lado, Ramírez de Fuenleal, Obispo, Protector y Presidente de la Audiencia de Méjico, señalaba “cómo el oficio de Protector de los indios es para daño de los naturales; porque los que gobiernan, descuidanse de ellos, y no hacen sino tomar diferencias con ellos (los Protectores), y páganlos los pobres indios”; finalmente, en 1539, el Obispo de Guatemala y Protector de Indios, Francisco Marroquín, pide al Emperador que aclare “qué cosa es ser protector, y a qué se estiende, y si somos jueces, etc.”; tomo las citas de BAYLE, *o.c.*, p. 60, 42 y 56, respectivamente.

ba la desconfianza de los colonos y encomenderos frente a un poder difuso que las condiciones sociales y económicas de las colonias parecían lanzar especialmente contra ellos.

Desde mediados del siglo xvi apunta ya la tendencia a nombrar Protectores laicos, y aunque pronto habrá oficiales de este tipo no integrados en las Audiencias, parece que inicialmente fueron los Fiscales quienes se encargaron del amparo de los indios²⁶. Por otra parte, aunque sus amplias atribuciones se van concretando por la reiteración de ordenanzas, cédulas e instrucciones, los recelos frente a los Protectores y los conflictos de éstos con otras autoridades no llegan a desaparecer. En 1575 las ordenanzas del Virrey Toledo crean un Protector general en Lima y Protectores particulares en las ciudades y provincias²⁷; la regulación del Virrey peruano marcará en adelante el carácter de la Protectoría de Indios en todo el Imperio y en la propia *Recopilación de Leyes de Indias*, pero tampoco será suficiente para asegurar el buen funcionamiento de la institución; por un lado, los Protectores que preveía eran legos, de capa y espada, lo que les creaba una dependencia excesiva de su letrado asesor²⁸; por otro, la eficacia de su actuación en defensa de los naturales y la rectitud de su conducta personal parecen haber dejado mucho que desear.

En estas condiciones, el oficio de Protector había terminado por convertirse en causa de “notable daño y perjuicio” para los indios, motivo por el cual en 1582 Felipe II determina suprimirlo uniendo su función de amparo a las Audiencias²⁹. Sin embargo, el efecto de esta medida fue tan contraproducente que sólo unos años más tarde, en 1589, se restablece el oficio por cédula de 10 de enero que reconoce los muchos daños que se habían seguido a los indios de su eliminación y adopta las ordenanzas del Virrey Toledo como modelo para las instrucciones que deben darse a los nuevos Protectores³⁰.

La situación se mantiene en los años siguientes, pero hacia 1620 nuevos problemas acumulados en el funcionamiento del Protector de Indios en el Perú se ponen de manifiesto en dos Memoriales publicados por entonces, cuyos autores proponen como remedio, en síntesis, la creación en la Audiencia de un Fiscal

²⁶ ALFARO, *Tractatus de officio Fiscalis* cit., glos. 34. n. 38 i.f.; SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 28, 53. V.6.27; cfr. “Cédula que manda, que el fiscal sea protector de los indios (...)”, dada en Monzón de Aragón, a 6 de septiembre de 1563 (en Diego de ENCINAS, *Cedulario Indiano*, Madrid, 1596, II, fol. 268-269); vid. SUÁREZ, *o.c.*, p. 280.

²⁷ Las *Ordenanzas sobre el Defensor General de los Indios* del Virrey Toledo pueden verse en RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, n° 5 del Apéndice documental.

²⁸ Éste es uno de los problemas que intentan solucionar los Memoriales de los que hablaremos luego.

²⁹ “Cédula que manda se quiten y consuman todos los Protectores de Indios, y la Audiencia tenga cargo de ampararlos, y el fiscal de defenderlos”, dada en Lisboa a 27 de mayo de 1582 y dirigida a los Virreyes de México y Perú (ENCINAS, *Cedulario Indiano*, IV, fol. 333); cfr. ACEVEDO, *o.c.*, p. 31; SUÁREZ, *o.c.*, p. 283 s.

³⁰ ENCINAS, *Cedulario Indiano*, IV, fol. 334-335; cfr. *Recopilación de Leyes de Indias*, VI, 6, 1-2.

Protector o de Indios, letrado, nombrado directamente por el Rey y al lado y con el mismo rango y consideración que los ordinarios Fiscales de lo Civil y del Crimen³¹. En forma de carta remitida por un Fiscal de la Audiencia de Lima, esta proposición había llegado ya en 1614 al Consejo de Indias; no obstante, la lentitud e inseguridad del proceso burocrático de información y consulta que debía preceder a la toma de cualquier resolución, así como el parecer contrario del Marqués de Esquilache, a la sazón Virrey del Perú³², retrasaron hasta 1643 la creación de los primeros Fiscales Protectores letrados y con garnacha³³.

Las vicisitudes ulteriores de la Protectoría de Indios pueden resumirse con más brevedad³⁴. Decaído el sistema de los Fiscales Protectores, entre otras causas por su envilecimiento al haberse incluido el oficio entre los vendibles, se vuelve al viejo estilo de Protectores independientes de las Audiencias, inicialmente no letrados y más tarde letrados. Todo esto sucede antes de la *Recopilación* de 1680 que, como es sabido, se refiere al Protector de Indios en el título VI, libro VI como oficio desvinculado de las Audiencias; ello sin perjuicio de la participación de los Fiscales en el ejercicio de la función protectora (*Recopilación*, II, 18, 6 y 34). La figura del Fiscal Protector será esporádicamente recuperada en algunas partes³⁵, pero más o menos desde 1761/1776 se van suprimiendo los Protectores y el Fiscal del Crimen queda encargado de la defensa de los indígenas³⁶; unos treinta años antes, hacia 1740, los autores de las *Noticias secretas* habían propuesto (sin éxito) que las plazas de Fiscales Protectores fuesen provistas en los hijos primogénitos de los caciques³⁷. En la legislación española, la Protectoría de Indios sólo es abolida formal y definitivamente el 11 de enero de 1821, lo que se hizo en consonancia con las ideas liberales consagradas por la Constitución de 1812 que impedían seguir considerando a los indios como menores³⁸.

³¹ Así pues, en contra de lo afirmado por RAMOS PÉREZ, *o.c.*, p. 355, y SUÁREZ, *o.c.*, p. 285, éste bajo la fe de la *Recopilación de Leyes de Indias*, VI, 6, 3, no es en 1589 ni en 1591 cuando se crea el Fiscal Protector agregado a la Audiencia: la propuesta de introducirlo es formulada en dos Memoriales de 1622 y 1626 a los que luego nos referiremos; cfr. BAYLE, *o.c.*, p. 97.

³² Vid. infra, nota 57.

³³ En las Audiencias de Lima, Charcas, Quito, Chile y Bogotá, según A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 147; SUÁREZ, *o.c.*, p. 288; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 28, 49 y 53, V, 6, 30.

³⁴ Vid. ACEVEDO, *o.c.*, p. 35 ss.; DOUGNAC RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 317; SUÁREZ, *o.c.*, p. 288 ss.

³⁵ Abundantes trazas de esto quedan en la sesión séptima de las *Noticias secretas de América* de JUAN y ULLOA, ed. cit. en nota 13, p. 243 ss., y en Manuel Josef DE AYALA, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* (desde 1767), vol. XII, Madrid, 1995, voz "Protector", núm. 11-12 (p. 87).

³⁶ Vid. Manuel Josef DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias* (1787), transcripción de Juan Manzano, vol. II, Madrid, 1946, p. 163, 166 s., 168 s., notas a las leyes 5, 8, 9, 12 y 13, todas del tít. 15, lib. II de la *Recopilación*.

³⁷ JUAN y ULLOA, *Noticias secretas de América*, ed. cit., p. 253 ss., 259 ss.

³⁸ Cfr. CUTTER, *o.c.*, p. 99 (reproducción de la cédula de supresión en la p. 59); para una discusión de la incidencia de la Constitución de Cádiz en la situación jurídica de los indios, vid. B. CLAVERO, *Cádiz entre indígenas (Lecturas y lecciones sobre la constitución y su cultura en la tierra de los mayas)*, en *AHDE* 65 (1995) p. 931 ss.

Para terminar este apartado nos referimos ahora muy resumidamente a algunas de las principales atribuciones de los Protectores; por ellas podrán verse los motivos de la desconfianza que rodeó su actuación con tanta frecuencia³⁹.

Según disposiciones de 1542, pueden los Protectores, personalmente o por medio de visitadores aprobados por el Gobernador, girar visita a todos los lugares de su distrito para averiguar posibles malos tratos a los indios; hasta el límite de 50 pesos de pena pecuniaria y 10 días de cárcel les corresponde a ellos juzgar los casos que se puedan producir; por encima de esas cifras tienen sólo la instrucción ("pesquisa e información") que deben remitir al Gobernador para que juzgue; y si observan algo reprochable contra el Gobernador y sus oficiales lo comunican a la Audiencia⁴⁰.

Con "particular estudio" deben procurar los Protectores evitar que los indios se alejen de sus tierras para acudir a las Audiencias en busca de justicia para sus pleitos. por regla general muy poco importantes, y en todo caso deben asegurarse de que esos pleitos se despachan con la sencillez y economía previstas por las leyes⁴¹.

En materia fiscal, la tasación de los tributos de los indios que deben darse en encomienda se hace con citación del Protector, que se encarga también de vigilar que los encomenderos no cobren el tributo por encima de lo tasado⁴².

Dada la minoridad de los indios, consecuencia de su condición jurídica de "miserables", son nulos sus contratos -y no les obligan civil ni criminalmente- si no se han hecho con la intervención y el consentimiento del Protector; en cambio, fuera del control de éste quedan los testamentos de los indios excepto si puede entenderse que hay en ellos alguna falsedad⁴³.

Por último, en general es cometido de los Protectores excitar el celo de las distintas autoridades y "Justicias" en la defensa de los naturales. En este sentido, se les insta a enviar relaciones a los Virreyes y Presidentes sobre el estado de los indios: "si se guarda todo lo proveído en (su) beneficio, y en qué partes se aumentan, y disminuyen, como son tratados, si reciben molestias, agravios, vejaciones, de qué personas, y en qué cosas, si les falta doctrina..., y si gozan de su libertad, o

³⁹ Para una exposición más detallada, vid. BAYLE, *o.c.*, p. 56 ss., y RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 93 ss.

⁴⁰ "Carta acordada de la Protectoría de los Indios, y de las causas que pueden conocer, y lo que deben hacer" (en Valladolid, a 4 de abril de 1542), en ENCINAS, *Cedulario Indiano*, IV, fol. 331-332; los Protectores no tienen jurisdicción criminal entre un indio y otro (*ibid.*). En realidad, todo esto estaba ya en el nombramiento e instrucciones a fray Reginaldo Pedraza como Protector, Ocaña, 4 de abril de 1531 (cfr. RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, Apéndice, n° 3, p. 184 ss.).

⁴¹ *Ordenanzas del Virrey Toledo*, n° 10 (cfr. RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 194); SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,28,54; *Recopilación de Leyes de Indias*, VI,6,13.

⁴² ENCINAS, *Cedulario Indiano*, I, fol. 322: "Instrucción que se da a los Virreyes del Perú", sin lugar ni fecha; *Ordenanzas del Virrey Toledo*, n° 21 (cfr. RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 197).

⁴³ ALFARO, *Tractatus de officio Fiscalis* cit., glos. 34. n. 38; SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,28,42, 45 y 55; además, el Protector vela por la libertad testamentaria del indígena frente a los doctrineros ambiciosos: *ibid.*, II,28,56.

son oprimidos, etc.”⁴⁴; e igualmente se ordena a los Virreyes. Presidentes y Gobernadores dar “grata audiencia” a los Protectores “quando fueren á darles cuenta de sus negocios, y causas, y pidieren el cumplimiento de las leyes, y cédulas dadas en su favor”⁴⁵.

III. LOS MEMORIALES Y SUS AUTORES

La importancia concedida en el siglo xvii a la figura y la función del Protector de Indios generó una interesante literatura en forma de varios Memoriales, impresos o no, de los cuales me propongo analizar alguno como muestra e ilustración de la influencia que la cultura jurídica romana, componente esencial del *ius commune*⁴⁶, ejercía sobre la actividad teórica y práctica de los juristas indianos. En concreto quiero centrar mi análisis principalmente en los Memoriales escritos y publicados por Juan de la Rynaga Salazar⁴⁷ y Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga⁴⁸, respectivamente de los años 1626 y 1671. Hubo como mínimo otros dos Memoriales sobre el Protector de Indios; de uno de ellos, el compuesto por el licenciado Cristóbal Cacho de Santillana, Fiscal de la Audiencia de Lima, y datado en 1622, me he ocupado ya en otra ocasión⁴⁹, aunque por las razones que luego se verán será necesario referirse a él con relativa frecuencia; de la existencia del otro, presentado en 1630 ante el Virrey y el Real Acuerdo por el Protector general de Indios Domingo de Luna, tengo noticia exclusivamente a través de la mención que hace de él Del Campo y de la Rynaga en el folio cinco de su propio Memorial⁵⁰.

Los dos escritos a los que me voy a referir están relacionados entre sí y con el de Cacho de Santillana, pero además están claramente relacionados sus autores;

⁴⁴ *Recopilación de Leyes de Indias*, VI.6.12: según ACEVEDO, o.c., p. 31, a la larga, lo que quedó de las competencias de los Protectores fue “su capacidad de denuncia preventiva o acusadora” ante las justicias.

⁴⁵ *Recopilación de Leyes de Indias*, VI.6.10; *Ordenanzas del Virrey Toledo*, n° 7 y 15 (cfr. RUIGÓMEZ GÓMEZ, o.c., p. 193, 195).

⁴⁶ Cfr. H. COING, *Derecho privado europeo I. Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. de A. Pérez Martín, Madrid, 1996, p. 63 s.

⁴⁷ *Memorial Discursivo sobre el oficio De Protector General de los Indios del Piru*, Madrid, Imprenta Real, 1626, 3 h., 34 fols.

⁴⁸ *Memorial historico y iuridico, que refiere El origen del Oficio de Protector general de los Indios del Perú en su gentilidad, causas y utilidades de su continuación, por nuestros gloriosos Reyes de Castilla, nuevo lustre y autoridad que le comunicaron, haziendole uno de sus Magistrados con Toga, y motivos que persuaden su conservación*, Madrid, por Mateo Espinosa y Arteaga, Impressor de Libros, 1671, 2 h., 22 + 9 fols.

⁴⁹ F. CUENA BOY, *El Protector de Indios en clave romanística: una propuesta del siglo xvii*, en *Homenaje al Profesor Carlos Díez de Rementería* (en prensa), y en *III Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, 6, 7 y 8 de febrero de 1997, León, 1998, p. 87 ss.

⁵⁰ RUIGÓMEZ GÓMEZ, o.c., p. 155 ss., da noticia de otras propuestas para el mejor funcionamiento del Protector.

en efecto, el amparo de los indios en el Perú, y concretamente en Lima, había llegado a convertirse en una suerte de ocupación de carácter familiar, si juzgamos por los datos que suministra en su Memorial Del Campo y de la Rynaga. En la dedicatoria y luego en el folio cuatro recuerda éste a su padre, Juan del Campo Godoy, y a su abuelo, Leandro de la Rynaga Salazar, elogiándolos como los mayores Abogados de los indios, y a los Obispos Fray Vicente de Valverde y Fray Gerónimo Loaysa, tíos suyos, como sus primeros Protectores. Por su parte, Leandro de la Rynaga Salazar, que como queda dicho fue Abogado general de Indios⁵¹, no es otro que el padre del autor del Memorial de 1626, quien a su vez es tío del autor del de 1671.

Aparte de esta llamativa tradición familiar, los dos escritos que vamos a considerar se relacionan también con el de Cacho de Santillana, aunque por vías un tanto oscuras de las que conviene al menos dejar constancia. Ante todo hay que aclarar que el Memorial de Juan de la Rynaga no fue publicado en 1622 como se afirmara erróneamente en alguna ocasión⁵², sino cuatro años más tarde según consta de forma indubitable por el pie de imprenta del ejemplar que obra en mi poder (una copia enviada por la Harvard College Library) y corroboran su lectura y la indicación explícita del dato en el Memorial de su sobrino Matías del Campo: "*El Doctor Don Juan de la Rynaga Salazar... en su memorial discursivo sobre el oficio de Protector general de los Indios del Perú, que dio impresso al Rey nuestro señor el año de 1626*" (folio 5, nota 32). Resulta de este modo que el primero de la serie, ya fuera impreso o no, es el Memorial de Cacho de Santillana, éste sí de 1622⁵³, lo que no carece de interés a la hora de adjudicar a cada autor los méritos que de verdad le corresponden.

Con esto quiero referirme a la circunstancia de que Juan de la Rynaga reproduce en su escrito grandes partes del Memorial de Cacho, que en no pocos momentos le sirve de falsilla sobre la cual redactar el suyo propio⁵⁴; hablar de plagio

⁵¹ Por error le incluye en la lista de Protectores generales del Perú, en el año 1602, RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, p. 224. Al proponerle como candidato idóneo para el oficio de Fiscal Protector, Cacho de Santillana recuerda en su Memorial (art. III) que hace "más de veinticuatro años que es Abogado general de los indios"; el mismo dato, aunque puesto en tiempo pasado, se recoge en el Memorial de De la Rynaga y Salazar (fol. 3 verso): "Fue Abogado general de los Indios 24 años".

⁵² Cfr. G. LOHMANN VILLENA, *Los regidores perpetuos del Cabildo de Lima (1535-1821)*, Sevilla, 1983, p. 161.

⁵³ *Memorial al Rey N.S. Don Felipe III. En favor de los indios del Piru. Sobre el oficio de Protector General en la ciudad de Lima, corte y cabeza del Piru, 1622*; para el estudio citado en la nota 49 me he servido de este Memorial tal como lo recoge RUIGÓMEZ GÓMEZ, *o.c.*, en el número 7 del Apéndice documental (p. 203-215). Erróneamente atribuye este Memorial a Juan de la Rynaga Salazar A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Culteranismo, criollismo y derecho común en un memorialista del siglo XVII: Nicolás Matías del Campo*, en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, tomo III, vol. *, Madrid, 1996, p. 30, 37 nt. 118 (vid., no obstante, p. 39, donde se recuerda el Memorial de Cacho de Santillana).

⁵⁴ De hecho, el Memorial de Juan de la Rynaga adopta explícitamente la división en cuatro artículos que Cacho de Santillana dio al suyo y los encabeza exactamente con los mismos títulos.

puede ser, de todas formas, inadecuado en este caso, no sólo porque la mentalidad de la época pudiera ser quizás más laxa en relación con estos temas, sino porque De la Rynaga no hace en realidad ningún esfuerzo por ocultar la existencia de un texto de Cacho de Santillana, al que cita en varias ocasiones⁵⁵ confirmando así su mayor antigüedad. Sin embargo, sorprendentemente y a pesar de las amplias coincidencias literales, ese texto no lo identifica con el Memorial de Cacho, sino con una carta anterior que éste, cumpliendo con la obligación anual que le incumbía como Fiscal de una Audiencia indiana, había remitido al Consejo de Indias en 1614⁵⁶. La cuestión, si bien no demasiado importante, es de las que dejan perplejo, especialmente porque, coincidiendo casi a la letra el exordio de ambos Memoriales, lo que nos hace suponer que el de De la Rynaga, como más moderno, es copia del de Cacho, más antiguo, en los dos figura una referencia a la carta de éste de 1614, y después, asimismo en ambos, una frase de la que parecería deducirse que Juan de la Rynaga tuvo también a la vista el Memorial de Cacho de Santillana: “(...) para su inteligencia y fácil resolución, se pone en la mano de V.M., lleno de humildad y esperanças, con oficio de memorial, este breve discurso, dividido en quatro artículos principales”⁵⁷.

En cuanto a Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga, su Memorial contiene citas numerosas tanto de su tío Juan de la Rynaga Salazar como del Fiscal Cacho de Santillana, si bien, por lo que a éste respecta, tampoco del Memorial de 1622 sino nuevamente de la carta de 1614.

Vista la relación que existe entre los escritos que forman el objeto de nuestro

⁵⁵ En el exordio y en los fols. 9 retro, 20 verso, 22 verso y 24 verso.

⁵⁶ “(...) en su carta el Fiscal, cuyo comento ha sido este discurso” (fol. 22 verso). Sobre la mencionada obligación del Fiscal, vid. ALFARO, *Tractatus de officio Fiscalis* cit., glos. 34. n. 1. i.f.: “Ut epistolam quotannis ad Regem mittat de omnibus quae sibi videbitur expedire Regi notum facere”.

⁵⁷ La duda de que la carta de 1614 y el Memorial de 1622 pudieran ser uno y el mismo documento se desvanece con la propia lectura del Memorial: en la primera nota del art. III (nota “x”) recuerda Cacho su carta de 1614, y en el art. IIII dice que lo presenta ante la ineficacia de su anterior carta y para reiterar la propuesta que en ella se hacía de instituir un Fiscal Protector en la Audiencia de Lima; dicha propuesta había llegado, no obstante, al Consejo, que el 20 de agosto de 1615 dirige consulta sobre ella al Virrey príncipe de Esquilache; éste, “sabido que el Fiscal (de los Reyes) es de parecer que se críe este oficio”, se manifiesta en su informe contrario al Fiscal Protector planteado por Cacho, el cual reproduce sus argumentos en el Memorial de 1622 afectando desconocer la respuesta de Esquilache; la diferencia entre la carta y el Memorial de Cacho de Santillana es igualmente clara para Matías del Campo, que en su propio Memorial (fol. 10 retro) dice lo siguiente: “(el Fiscal) reproduciendo su escrito, expresó mas en forma los motivos (de su propuesta) al Consejo por un Memorial impreso”; aparte de todos estos datos, contiene información sobre este punto SUÁREZ, o.c., p. 286 s. En conclusión, la secuencia cronológica de este grupo de documentos relativos al Protector de Indios, según queda establecida por las relaciones internas entre ellos, es la siguiente: 1º) carta del Fiscal Cacho de Santillana al Consejo de Indias, 1614; 2º) Memorial de Cacho de Santillana, 1622; 3º) Memorial de Juan de la Rynaga Salazar, 1626; 4º) Memorial de Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga, 1671.

estudio, podemos preguntarnos todavía por la identidad de sus autores. Del licenciado Cristóbal Cacho de Santillana sólo sabemos lo que él nos dice y confirman los otros dos: hacia 1614-1622 era Fiscal de la Audiencia de Lima. Por esos años, y en la misma Audiencia, debió de coincidir con Don Juan de Solórzano Pereira, Oidor en ella de 1610 a 1626; pero Solórzano, que naturalmente no ignoraba las graves anomalías producidas en el funcionamiento del Protector, y que incluso se refiere en su *Política Indiana* a una cédula seguramente motivada por la carta de Cacho de 1614, no recuerda en ningún momento a este Fiscal⁵⁸.

De quien tenemos más datos es de Juan de la Rynaga Salazar. Criollo de segunda generación⁵⁹, se doctoró en cánones por la Universidad de San Marcos, de la que fue Catedrático de Decreto y Procurador en Madrid; Regidor perpetuo de Lima en el periodo comprendido entre 1611 y 1621, Abogado de la Audiencia virreinal hacia 1614, y finalmente Oidor de la Audiencia de Panamá, donde murió en 1635⁶⁰.

Por último, nuestras noticias sobre Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga se reducen exclusivamente a lo siguiente: alcanzó el grado de Doctor cuyo título, sin ninguna mención específica, aparece siempre unido a su nombre en el Memorial; por otro lado, este "*Cavallero del Orden de Santiago, natural y Vezino Encomendero de la Ciudad de Lima*" se declara menos dotado que sus antepasados. "...ya que me comunicaron en la generación menores prendas para este patrocinio" (scil., de los indios), y por eso, queriendo seguir sus pasos y emular su gloria, se siente obligado a componer al menos un Memorial sobre el oficio de Protector de Indios; para esta tarea aprovecha la experiencia que dice haber obtenido a lo largo de siete años en las provincias de Indias como viajero y Gobernador de no nos dice cuál o cuáles de ellas⁶¹.

⁵⁸ Vid. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 28, 47 ss.

⁵⁹ Aparte de una intervención importante en la conquista y pacificación del Perú y en el descubrimiento y conquista de Chile (recordada en los tres Memoriales), a su abuelo, el vizcaino Juan de la Rynaga Salazar, se le atribuye también el intento de introducir los camellos en el Perú: vid. A. DE HUMBOLDT, *Viaje a las Regiones Equinociales del Nuevo Continente*, Monte Ávila Latinoamericana, C.A., 2ª ed., Caracas, 1991, tomo III, p. 134 s.; DOUGNAC RODRÍGUEZ, "Culteranismo, criollismo y derecho común" cit., p. 27

⁶⁰ Tomo estos datos de LOHMANN VILLENA, o.c., p. 161 s. (ahí también -p. 162 s.- referencias sobre su padre Leandro de la Rynaga Salazar), y de DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Culteranismo, criollismo y derecho común* cit., p. 29 s.; una sumaria reseña ofrece asimismo J. SIMÓN DÍAZ, *Bibliografía de la literatura hispánica XII*, Madrid, 1982, p. 661. B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, p. 178, incluye en su índice de juristas indianos a Juan de la Rynaga Salazar y a su sobrino Matías del Campo y de la Rynaga.

⁶¹ Todos estos datos proceden del *Memorial* del propio del Campo: Dedicatoria al Presidente del Consejo de Indias, Don Pedro Portocarrero, fol. 21 verso y fol. 20 verso, donde reconoce como maestro a Diego de León Pinelo. Noticias mucho más amplias en DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Culteranismo, criollismo y derecho común* cit., p. 18 ss.

IV. EL ROMANISMO EN LA CULTURA JURÍDICA DEL BARROCO

El romanismo de nuestros dos autores queda acreditado de sobra, como tendremos ocasión de ver, por las numerosas referencias de textos jurídicos romanos que ambos incluyen en sus respectivos Memoriales. Esta amplia utilización del Derecho romano justinianeo podría sorprender un poco en escritos dedicados a un asunto tan alejado en principio de las realidades del *Corpus Iuris Civilis* como era la instauración de un Fiscal Protector en la Audiencia de Lima. No extraña tanto, sin embargo, si se considera que los españoles, con lo demás de su cultura, llevaron a las Indias su derecho: un derecho perteneciente al viejo tronco europeo del *ius commune* en el que se injertará también el llamado Derecho indiano⁶². Se comprende por ello la necesidad de una sucinta caracterización de la cultura jurídica en la que se inscriben los autores de nuestros Memoriales para comprender mejor su actitud frente al Derecho romano y el papel que éste juega en sus escritos.

La doctrina acepta de forma unánime el predominio del *mos italicus* tardío en la cultura jurídica española de los siglos xvi y xvii y la adscripción del grueso de la literatura jurídica indiana a esta misma orientación metodológica⁶³. Desde luego, en Castilla como en Indias los juristas de este periodo no escaparon del todo a la influencia del humanismo jurídico y aún menos, por razones obvias, a la de la Segunda Escolástica española; basta recordar, por lo que a esta última respecta, el peso enorme que tuvieron las teorías de los teólogos-juristas en las polémicas desatadas a raíz del descubrimiento y la colonización de América⁶⁴. Sin embargo, el método jurídico se caracterizó principalmente por el casuismo, la orientación práctica y la insistente apelación al argumento de autoridad y a la *communis opinio*

⁶² Vid. entre otros V. TAU ANZOÁTEGUI, *¿Qué fue el Derecho indiano?*, Buenos Aires, 1982, p. 17 ss.; BRAVO LIRA, o.c., p. 3 ss.; A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho común, Derecho castellano, Derecho indiano*, en RIDC 5 (1994) p. 65, 83 ss.; J. BARRIENTOS GRANDÓN, *Derecho común y Derecho indiano en el reino de Chile*, en X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano, México-Veracruz, 20-25 de abril de 1992, *Actas y Estudios* I, México, 1995, p. 139 ss.; como ejemplo de la recepción del *ius commune* en la literatura jurídica indiana pone este autor, precisamente, la asimilación de los indios a la categoría de *miserabiles personae* (*ibid.*, p. 145).

⁶³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*⁴, Madrid, 1992, p. 310 ss., 344 s.; J. BARRIENTOS GRANDÓN, *El mos italicus en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Sáez (152?-1625)*, en *Ius Fugit* 2 (1993) p. 43 s.; B. CLAVERO, *Historia del Derecho: Derecho común*, Salamanca, 1994, p. 73 ss., espec. 79 ss.; A. LEVAGGI, *Romanismo e indigenismo en la Política Indiana de Solórzano Pereira*, en *Memoria del IX Congreso Latinoamericano de Derecho romano: "El Derecho romano y los Derechos indígenas: Síntesis de América Latina"* (18-20 agosto 1994, Xalapa, Veracruz, México), Veracruz, 1996, p. 31.

⁶⁴ Vid. entre tantos F. DE CASTRO, *Derecho civil de España* I, reed., Madrid, 1991, p. 158 s.; A.M.^a BARRERO GARCÍA, *Solórzano Pereira y la ciencia jurídica de su tiempo*, en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, 1992, p. 127 s.; J. BARRIENTOS GRANDÓN, "Mos italicus y praxis judicial indiana", en *Ius Fugit* 5-6 (1996-1997) p. 408 s.

doctorum; a la vez, el centro de atención de los juristas fue desplazándose gradualmente hacia el derecho real, con los efectos que podremos ver sobre la valoración y el uso que daban a los textos romanos y a su literatura⁶⁵.

La penetración del Derecho romano en el Nuevo Mundo se produjo con tanta intensidad, como mínimo, como su vigencia *pro ratione* y su presencia implícita en la legislación real (singularmente en Las Partidas) habían permitido en la metrópoli⁶⁶. Pero al lado de estas importantísimas vías, y prestándoles un complemento indispensable, estaba también la enseñanza del derecho en las Universidades, tanto en las españolas como en las americanas comenzando por las de México y Lima. Conforme al modelo de Salamanca, primaba en éstas el estudio del Derecho civil y del canónico, tanto en sus textos principales -tratándose del Derecho civil el Digesto y el Código, y en no menor medida la Instituta- como en la doctrina de los autores recogida en glosas y comentarios. Seguía vigente, por lo tanto, el viejo modelo de enseñanza jurídica de origen bajo-medieval, que en Salamanca se enriquece desde principios del siglo XVII con una presencia nada desdeñable del derecho real⁶⁷.

⁶⁵ Sobre los caracteres generales del *mos italicus* tardío, vid. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*⁴ cit., p. 298 ss., 310 s.; para la presencia de esos mismos caracteres en la literatura jurídica indiana, BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 165 ss.; específicamente sobre el casuismo en el Derecho indiano, TAU ANZOÁTEGUI, *o.c.*, p. 43 ss., y espec. ID., *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1992, *passim*; sobre la *communis opinio doctorum*, BARRIENTOS GRANDÓN, “*Mos italicus* y praxis judicial indiana” cit., p. 378 ss. Sobre un autor emblemático como Solórzano Pereira, M.A. OCHOA BRUN, “Estudio preliminar” a la ed. de la *Política Indiana* de la BAE, Madrid, 1972, p. XLI, LVII; LEVAGGI, *o.c.*, p. 32 ss.; F. TOMÁS Y VALIENTE, “Introducción” a la ed. de la *Política Indiana* cit. supra, nota 2, p. xxvi s. La idea sostenida recientemente por T. HERZOG (“Sobre la cultura jurídica en la América colonial [siglos XVI-XVIII]”, en *AHDE* 65 [1995] p. 903 ss.), según la cual hasta mediados del siglo XVIII el *ius commune* y la legislación real estaban del todo ausentes en el “trabajo cotidiano del sistema jurídico”, dominado en cambio por la teología y la religión, debe ser muy matizada a la luz de investigaciones como las de Barrientos Grandón (por ej., el trabajo citado sobre “*Mos italicus* y praxis judicial indiana”) y teniendo también en cuenta la trascendencia jurídica mediata e inmediata del pensamiento teológico y de la ortodoxia religiosa en el Imperio español de época barroca.

⁶⁶ A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* I, Milano, 1982, p. 420 ss.; C. PETIT, *Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)*, en *TR.* 50 (1982) p. 180 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio*, prólogo al libro de B. Bravo Lira, *o.c.*, p. xxviii ss.; DE CASTRO, *o.c.*, p. 151 ss., 167 s.; PÉREZ MARTÍN, *o.c.*, p. 74 s.; BARRIENTOS GRANDÓN, *Derecho común y Derecho indiano* cit., p. 140; ID., *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, 1993, p. 29 ss., 113 ss.; ID., “*Mos italicus* y praxis judicial indiana” cit., p. 358 ss., 365.

⁶⁷ Vid. principalmente TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema* cit., p. 235 ss., 239 ss., y 251 ss. sobre las pasantías y las academias; además, C. LÓPEZ NÚÑEZ, *El romanismo en la Política Indiana*, en *Anuario de Estudios Americanos* 6 (1949) p. 727 s., y J. MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura jurídica española del Siglo de Oro en Nueva España*, México, 1959, p. 46 ss., los dos apoyándose en la obra de Francisco BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la*

Por otro lado, nos hallamos en pleno periodo del Barroco, circunstancia temporal que influye bastante en el "estilo" literario y argumentativo de los autores y obras que tratamos de encuadrar. La mentalidad característica de esta etapa demanda en todo tipo de obra escrita -también por tanto en las jurídicas- un alarde de erudición que en no pocos casos se traduce en pura acumulación y amaneramiento de las citas, sin verdadera necesidad ni demasiada relación con el asunto del cual se está escribiendo⁶⁸; así pues, erudición inútil, postiza muchas veces, que en el caso de la literatura jurídica supone también la exageración de uno de los rasgos característicos del *mos italicus* cual era la predilección por el argumento de autoridad, y en cuya misma índole excesiva se adivina un signo que anuncia cansancio y decadencia⁶⁹. De todos modos, un cierto desfase entre España y América hace que allí se alcance antes el apogeo de la ciencia jurídica, cuyo declive ha empezado ya en Castilla cuando en América la literatura jurídica va llegando a su momento de máxima brillantez⁷⁰; cabe afirmar por ello que los Memoriales de 1626 y 1671 sobre el Protector de Indios, siendo indudablemente piezas de importancia secundaria, pertenecen al mejor periodo de la literatura jurídica indiana marcado por el predominio de la figura sobresaliente de Solórzano Pereira.

Recordemos para finalizar algún testimonio de la época que describe el tipo ideal de jurista como un abogado de amplia instrucción, conseguida por la lectura de "muchos y diversos libros", y experimentado en las materias propias de la jurisprudencia, pero también -y esto es muy significativo- provisto de erudición histórica y literaria y de elocuencia para persuadir e instruir el ánimo de los jueces, "ya con fundamentos de la Sagrada Escritura, ya con las sentencias graves de los Filósofos, cuando el caso lo requiera"⁷¹.

Jurisprudencia, Salamanca, 1612; L. DÍAZ-TRECHUELO LÓPEZ-SPINOLA, *La vida universitaria en Indias. Siglos XVI y XVII*, Córdoba, 1982, p. 23 s.; BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 25, 36; PÉREZ MARTÍN, *o.c.*, p. 83 s.; BARRIENTOS GRANDÓN, *Derecho común y Derecho indiano* cit., p. 141 ss.; *Id.*, *La cultura jurídica* cit., p. 38 ss.; P. ALONSO ROMERO, *Universidades y Administración de la Monarquía, en Felipe II, un monarca y su época. La monarquía hispánica*, Madrid, 1998, p. 239. Sobre los libros utilizados en la enseñanza de cánones y leyes, A.M^a. RODRÍGUEZ CRUZ, *Historia de las Universidades Hispanoamericanas. Periodo hispánico I*, Bogotá, 1973, p. 45 ss.

⁶⁸ Cfr. BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 165 s.; BARRIENTOS GRANDÓN, *Derecho común y Derecho indiano* cit., p. 145 s. Con referencia a Solórzano Pereira, LÓPEZ NÚÑEZ, *o.c.*, p. 732 s.; OCHOA BRUN, *o.c.*, p. xxxv s.; BARRERO GARCÍA, *o.c.*, p. 119 s.; TOMÁS Y VALIENTE, "Introducción" cit., p. xxvii ss. En relación con los autores clásicos citados en el *Itinerario* de De la Peña, C. BACIERO, *La obra y sus fuentes*, en ALONSO DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, Madrid, 1995, cit., p. 68.

⁶⁹ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*⁴ cit., p. 300 ss.

⁷⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*⁴ cit., p. 317 s.; BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 149, 171 s.

⁷¹ Vid. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema* cit., p. 305 ss., sintetizando varios testimonios y entre ellos el de Gerónimo DE GUEVARA, *Discurso legal de un perfecto y cristiano Abogado*, sin lugar ni fecha, al que corresponde la cita. La erudición que aconsejaba Baltasar Gracián ("Cuanto más sublime y realzada fuere la erudición, será más estimada, pero no ha de ser uniforme, ni homogénea, ni toda sacra, ni toda profana, ya la antigua, ya la moderna, una vez un dicho, otra

Así parece haberlo requerido el caso para Juan de la Rynaga Salazar y Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga, que inundaron sus cultos y elocuentes Memoriales con una verdadera exhibición de sabiduría sacra y profana⁷², a modo de aderezo que acompaña a una argumentación jurídica bien trabada en la que está muy presente la utilización pragmática del Derecho romano. A estudiar éste y otros aspectos dedicamos los apartados siguientes.

V. EL DERECHO ROMANO EN LOS MEMORIALES SOBRE EL PROTECTOR DE INDIOS

1. Introducción

El tema de los dos Memoriales es el mismo: los inconvenientes del sistema practicado en materia de protección de indios y la propuesta de una solución por medio de la figura de un Fiscal Protector togado y con garnacha. Pero el Memorial de Juan de la Rynaga Salazar, de 1626, patrocina todavía la instauración de este nuevo oficio mientras que el de Del Campo y de la Rynaga, de 1671, se lamenta por su desaparición y propone reintroducirlo. Por otra parte, este segundo Memorial adopta un enfoque, si no menos pragmático, sí más histórico que el primero - no en vano se intitula "Memorial histórico y jurídico"- y también más erudito en el sentido de la época; su aparato de notas es verdaderamente abrumador aunque muchas de las citas sean de segunda mano, tomadas de los Memoriales anteriores o procedentes de la *Política Indiana* de Solórzano Pereira que, publicada en 1647, parece haber alcanzado de inmediato una influencia determinante⁷³.

En correspondencia con aquel carácter más histórico y erudito, el Memorial de 1671 señala nada menos que los precedentes incaicos del Protector de Indios (folios 1-2); bajo un "Protector general" que elegían los Incas en cada provincia, se desplegaba una organización piramidal y jerárquica de Protectores por fraccio-

un hecho de la historia, de la poesía, que la hermosa variedad es punto de providencia", *Agudeza y arte de ingenio*, cit. por TOMÁS Y VALIENTE, "Introducción" cit., p. xxxii) era practicada por los juristas como método.

⁷² Aun contando con el carácter indirecto o traslaticio de muchas de las citas, no son menos de veinte los autores clásicos, y de dieciocho los historiadores y escritores de temas indianos, que aparecen en los Memoriales; naturalmente también hay en ellos referencias a las Escrituras y a algunos Padres de la Iglesia; en cambio, la presencia de teólogos juristas o moralistas es bastante escasa y limitada al Memorial de 1671: Tapia, Soto, Tomás Sánchez y Zapata y Sandoval; se utilizan también algunos diccionarios: Ambrosio Calepino y Polyanthinus (?). En total, el número de autores de todo tipo citados en los dos Memoriales pasa holgadamente del centenar.

⁷³ Cfr. J. MALAGÓN y J.M^o. OTS CAPDEQUÍ, *Solórzano y la Política indiana*², México, 1983, p. 47 s., sobre el "éxito que la *Política indiana* alcanzó desde los primeros momentos en los círculos profesionales más selectos de España y de América. Fue pronto obra de obligada consulta de oidores y abogados de las Reales Audiencias, de virreyes, presidentes y gobernadores, así como del alto clero, secular y regular, y de los componentes del Real y Supremo Consejo de Indias".

nes de población -cada 1.000, 500, 100 y 50 vecinos- hasta llegar a unos Decuriones que ejercían de Protectores y Fiscales⁷⁴; Topa Yupanqui, undécimo Inca (décimo en realidad), creó un "Protector general de Indios pobres" de todas las provincias, el *Runa Yánapac*⁷⁵ cuyo oficio se mantuvo hasta la llegada de los españoles. Así pues, según la interpretación de Del Campo y de la Rynaga, los Protectores de Indios de la época colonial habrían sido continuadores directos de las estructuras administrativas indígenas⁷⁶. Es obvio, sin embargo, que estos apuntes iniciales de indigenismo cumplen una función puramente ornamental y no tienen apenas ningún efecto en el resto del Memorial, cuyo autor comparte en definitiva la visión del Protector como tutor de los indios que era común en la doctrina de la época.

Por otro lado, siendo la Protectoría de Naturales una institución creada por la legislación y perteneciente por lo tanto al Derecho real, es en éste donde se encuentra el origen verdadero de la figura y lo esencial de su regulación; de ahí que nuestros dos memorialistas construyan sus discursos en torno al núcleo o sobre la base que la legislación de Castilla e Indias les proporciona. Junto a ella es reseñable una abundante literatura jurídica en la que destacan los nombres españoles, ya se trate de comentaristas del Derecho regio⁷⁷, de tratadistas de derecho público⁷⁸ o de juristas con alguna experiencia en los asuntos de Indias⁷⁹; como es natural, la literatura europea del *mos italicus* tiene una nutrida representación en la que predominan los autores italianos y españoles⁸⁰; y por último hay que apuntar también

⁷⁴ Cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 27, 2.

⁷⁵ Vid. Felipe GUAMÁN POMA DE AYALA, *Nueva Crónica y buen gobierno*, ed. de John V. Murra, Rolena Adorno y Jorge L. Urioste, Madrid, 1987, glosario-índice del quechua de Waman Puma, tomo C, p. 1238 s.: *Runa Yanapac*: benefactor; *Runa Yanapaq*, *Wakcha Yanapaq*: que ayuda generosamente a la gente, a los necesitados; tomo A [111] El décimo Inga/Topa Ynga Yupanqui: "y tubo... Procurador y Protetor *Runa Yanapaq*"; [307] El segundo castigo: "También avia Protetor los questavan serca del Ynga le ayudava. A éste les llamava *Runa Yanapaq*, *Uaccha Yanapac*".

⁷⁶ Los *lucurices* que vigilaban el buen proceder de los Protectores incaicos son comparados con los *curiosi* y *stationarii* del Imperio romano (CJ. 12.22: *de curiosis*): vid. fol. 1-2 nt. 10, con otras citas. Como manifestación de criollismo interpreta DOUGNAC RODRÍGUEZ, "Culteranismo, criollismo y derecho común" cit., p. 44, esta adopción del Derecho incaico como base del oficio de Protector en el Perú.

⁷⁷ Gregorio López, Diego Pérez de Salamanca, Matienzo, Avilés, Avendaño, Acevedo, Hermosilla, Burgos.

⁷⁸ Entre otros, Castillo de Bovadilla. Simancas, Jerónimo Osorio, Bartolomé Felipe, Mastrillo, Remírez, Carleval, Narbona, Amescua o Salgado de Somoza; la mayor parte de ellos citados sólo en el Memorial de 1671.

⁷⁹ Gregorio López (que fue Consejero de Indias), Matienzo, Feliciano de Vega, fray Miguel de Agia, Francisco de Alfaro, Álvarez de Velasco, Antonio de León Pinelo y Solórzano Pereira.

⁸⁰ Comentaristas: Bártolo, Jasón del Mayno, Lucas de Penna, Filipo Decio, Altamirano, Rebuffo, Inocencio III (IV), Casaneo, Tuschus, Juan Gutiérrez. Tratadistas: Menochio, Galganeto, Borrello, Coepola, Petra, Surdus, S. de Medicis, Luis de Molina, Pedro Gregorio, Contzem, Magero, Rosental. Consiliaristas: Valenzuela, Sánchez, Aymone, Rolando. Decisionistas y

la presencia, menor pero significativa, de algunos juristas encuadrables en la corriente del humanismo⁸¹. Éstas son las fuentes legales y la doctrina en que se basan los escritos de De la Rynaga Salazar y Del Campo y de la Rynaga. Y lo notable, en este caso, es ver cómo llevan a cabo sus autores la asimilación o el encuadramiento de la figura novedosa del Protector en la tradición del *ius commune*: evidentemente es en este proceso donde la intervención del Derecho romano resulta decisiva.

Una puntualización nos parece, en todo caso, necesaria antes de seguir adelante. Cuando hablamos en este contexto de Derecho romano no lo hacemos sin plena conciencia de que el sujeto de la historia que intentamos reconstruir y relatar ya no es la experiencia jurídica romana, sino un fragmento de una experiencia jurídica nueva y distinta que se construye, en parte, por medio de una peculiar utilización del Derecho romano, de sus textos y sus doctrinas, en función de situaciones y necesidades nuevas; tan nuevas, en nuestro caso, como podían serlo las del Nuevo Mundo⁸². Así pues, aunque por comodidad o brevedad terminológica hablemos de Derecho romano, debe quedar claro que con este sintagma queremos referirnos sólo al hecho, por otra parte indiscutible, de que el *Corpus Iuris Civilis* y su interpretación constituyen uno de los elementos centrales y decisivos de una tradición o cultura jurídica que, precisamente por este motivo, caracterizamos como romanística, pero que no pertenece, ni mucho menos, a la experiencia jurídica romana. Ésa es la cultura jurídica del *ius commune* y, dentro de ella, la cultura específica de los juristas indianos.

Por otra parte, esta primera aclaración de carácter general nos da pie para introducir una segunda en relación ya más concreta con los Memoriales de los

alegacionistas: Mateo de Afflictis, Surdus, Larrea, Moronius. Prácticas procesales: Raccha, Luis Gómez. El Memorial de 1671 cita también los *Axiomata et loca communia iuris* de Gabriel Álvarez de Velasco, Madrid, 1631. Como puede apreciarse, los géneros más característicos de la literatura jurídica del *ius commune* están representados en los Memoriales.

⁸¹ Alciato, Perotus (Niccolò Perotto, 1429-1480), Tiraquellus (André Tiraqueu, 1488-1558), Valduinus (Franciscus Balduinus, 1520-1573) y Covarrubias en el Memorial de 1671; Cuyacio, Dionisio Godofredo y Misingerio (Mysingerius, 1514-1588) en el de 1626; a título de curiosidad recordamos también una cita de Erasmo, tomada probablemente de Solórzano, en el fol. 19 verso nt. 149 del Memorial de 1671. En la réplica a la inadmisión de este mismo discurso por el Consejo de Indias, recogida en una especie de apéndice del propio Memorial, se incluyen algunas citas de Lipsio, Dionisio Godofredo, Duareno y Antonio Agustín. Para una relación completa de los autores, juristas y no juristas, citados por Del Campo y de la Rynaga, vid. DOUGNAC RODRIGUEZ, "Culteranismo, criollismo y derecho común" cit., p. 47 ss.

⁸² Esta importante advertencia es reiterada por los autores más autorizados: CAVANNA, *o.c.*, p. 385 s.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 459 s., 466, 474, 476: "incluso cuando parten de las fuentes romanas, son todas repensadas, reelaboradas y presentadas de nuevo en una variedad de soluciones que buscan responder a la diversidad y a las necesidades de las diferentes situaciones"; COING, *Derecho privado europeo I* cit., p. 63 s.: "Cada 'renacimiento' de una gran obra significa una reinterpretación y en el caso del *Corpus* jurídico también una amplificación mediante la aplicación a nuevos supuestos de hecho"; PÉREZ MARTÍN, *o.c.*, p. 53.

que nos estamos ocupando: en ellos, y especialmente en el segundo, aparece perfilada con cierta nitidez una distinción entre la ley (la legislación real *in genere*) y la doctrina (los textos jurídicos romanos y canónicos con su literatura)⁸³. Aunque quizás, fijándonos en las fórmulas utilizadas por Del Campo y de la Rynaga para introducir sus referencias al Derecho romano y al canónico, fuera mejor y más exacto hablar de distinción entre la ley y el derecho. En efecto, expresiones tales como “el Derecho”, “en derecho”, “derecho común”, “contra las disposiciones del derecho”, “de que tenemos exemplares en derecho”, “las novedades en derecho”, “reglas de derecho”, “principios de derecho”, “presume el derecho”, “autoridades en derecho”, “según derecho”, “conforme a reglas de derecho”, “el mismo derecho, y los Doctores” y otras parecidas, características del Memorial de 1671⁸⁴, son casi siempre referencias a textos del Derecho romano o del canónico y más raramente a la doctrina de los autores; el Derecho romano es aludido también alguna vez mediante la palabra “textos” (por ejemplo, “de que hay textos, y títulos en el derecho”) y en otras ocasiones directamente por el nombre de un juriconsulto o de un emperador: “dixo Paulo”, “lo enseñó el Consulto Ulpiano”, “lo dexó advertido Pomponio”, “contra el sentir de Ulpiano” o de Calístrato; “como dixo al Senado Iustiniano”, “Iustiniano en las Novelas”, “a que mirando Marciano, y Valentiniano Emperadores”. El Derecho real figura con las habituales menciones de Partidas, Nueva Recopilación, cédulas y ordenanzas, etc., pero también algunas veces, en especial del folio 16 en adelante, con la indicación “derecho”; esto último coincide con una parte del Memorial en la que parece que su autor alcanza un tono de mayor originalidad e independencia frente a los Memoriales precedentes y en la que -otra novedad- se modifica la manera de citar las Novelas y las leyes y fragmentos del Código y del Digesto: ahora ya no sólo por las palabras iniciales de cada uno sino también por su número de orden correlativo.

De todo ello podría deducirse que los textos del *Corpus Iuris Civilis* ocupan una posición intermedia o peculiar que no es exactamente la de la ley pero que tampoco se reduce a la de la doctrina o, al menos, a la de toda la doctrina; que no tienen, eso es evidente, el valor normativo propio y directo del Derecho regio, pero tampoco están relegados del todo al plano de la cultura jurídica dotada meramente de prestigio o de autoridad científica. Es palpable, en suma, que constituyen un elemento vivo e importantísimo en la configuración y el desarrollo de la

⁸³ Como recuerda GUZMÁN BRITO, *o.c.*, p. xxx s., el sistema de fuentes del Derecho indiano estuvo presidido por la legislación, mientras que el Derecho romano del *Corpus Iuris* y la ciencia de los glosadores y los comentaristas tenía la consideración de doctrina vigente *pro ratione*.

⁸⁴ En el Memorial de 1626 expresiones comparables a éstas sólo aparecen en un par de ocasiones: “por leyes del derecho común y destos Reynos” (fol. 15 retro) y “las demás leyes” (fol. 16 verso); esta segunda es referencia conjunta a textos del Derecho real, textos romanos y doctrina. En este Memorial, las citas de los textos romanos se hacen normalmente por el autor: el emperador Justiniano, el juriconsulto Paulo o Ulpiano, etc.; la ley es claramente la ley real: Partidas, Nueva Recopilación, provisiones, instrucciones, cédulas, ordenanzas, cartas, etc. La situación es la misma en el Memorial de Cacho de Santillana.

realidad jurídica global y compleja de la que son fiel testimonio nuestros dos documentos.

Un último aspecto nos parece destacable en esta introducción: como ocurría ya en el Memorial de Cacho de Santillana, en el de Juan de la Rynaga Salazar las citas del Digesto son mucho más numerosas que las del Código y las Novelas, mientras que en el de su sobrino Matías del Campo y de la Rynaga, aun sin llegar a invertirse esta relación, crece espectacularmente la utilización del Código y sobre todo de las Novelas; asimismo se aprecia en él un tímido uso de textos tomados de D. 50.17 (*De diversis regulis iuris antiqui*)⁸⁵ que está del todo ausente de los otros dos Memoriales.

Por lo demás, son dos los puntos de vista que la literatura jurídica indiana, representada aquí por nuestros Memoriales, adopta con carácter preferente para producir la inserción del Protector de Indios en el cuerpo del conocimiento jurídico tradicional: por un lado, su asimilación a la figura del tutor; por otro, su imprescindible tratamiento como oficio real. Como vamos a ver a continuación, la contribución del Derecho romano es muy notable en ambos aspectos.

2. Puntos de contacto del Protector de Indios con el tutor

Si bien la legislación real declara expresamente que los indios son personas miserables, y ésta es en suma la razón por la que instituye la función y el oficio de Protector, en ningún momento se ocupa de decir que éste sea o que actúe como tutor. Sin embargo, partiendo siempre del dato legislativo, la doctrina de los juristas no tarda en buscar la afinidad de la Protectoría y el Protector con la tutela y el tutor, cubriendo de este modo aquellas instituciones novedosas con el manto explicativo de otras completamente asentadas en la tradición del *ius commune*⁸⁶.

La necesidad de un tutor para los indios nace de su limitada capacidad de obrar, una característica que comparten con los menores y las mujeres, asimismo necesitados de tutela⁸⁷. Sin embargo, la trayectoria de la Protectoría de Indios no

⁸⁵ Concretamente en los siguientes lugares: fol. 10 retro nt. 64, fol. 13 verso nt. 78, fol. 18 retro nt. 146, fol. 19 verso nt. 149.

⁸⁶ Los indios "se reputan por menores... Y el Protector es su tutor: que la significación destos dos vocablos es tan parecida, que declaró el uno con el otro Galganeto, diciendo: *A verbo tueor descendit tutor; id est, pupilli protector; et tutela, id est, protectio*. Y los trae por sinónimos Ambrosio Calepino. De lo dicho se infiere, que el Protector de los Indios, y el Tutor de los menores se equiparan, y como de equiparados se hablará en este discurso, aplicando al Protector lo que se dize del Tutor" (DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 5); la misma idea en los otros *Memoriales*: CACHO DE SANTILLANA, art. II; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, fol. 1 verso. Cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,28,51. Sobre este modo de proceder, vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual* cit., p. 264.

⁸⁷ DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 6 nt. 37, trae a colación en este punto varios textos para fundamentar la idea de que los indios, al igual que los menores y las mujeres, pueden ser engañados fácilmente con daño de sus haciendas: *De minoribus vigintiquinque annis*. D. 4.4.1 pr.; *Ad senatusconsultum Velleianum*. D. 16,1,1,2; *Quibus alienare licet vel non*. I. 2,8 pr. con la glosa; de ahí que, en contra de lo dispuesto generalmente por el derecho (CJ. 4,35,21, D. 37,12,2, D. 5,3,25,11), convenga limitar su capacidad de disposición e integrarla mediante la intervención de los Protectores en sus contratos.

ha sido siempre satisfactoria, habiéndose presentado graves inconvenientes en su funcionamiento que la han vuelto ineficaz y en algunos casos perjudicial para los propios naturales.

Proviene la primera de esas dificultades del hecho de no ser letrado el Protector sino -con expresión muy propia de la época- mere laico y de capa y espada; la intención del Virrey Francisco de Toledo al establecer esta previsión había sido liberarle de cualquier otra ocupación que no fuera el cuidado de los naturales, pero acabó dando un protagonismo preponderante al Abogado General de Indios, de cuyo consejo dependía el Protector prácticamente para todo lo relacionado con su actuación. De este modo, el Abogado venía a ser el auténtico Protector⁸⁸ mientras que el nombrado para tal oficio, necesitado él mismo de cuidado, se encontraba en una situación anómala que los autores no dudan en comparar con aquella, rechazada por Justiniano, en la que un menor es nombrado como tutor: *cui enim ferendum est eundem esse tutorem et sub tutela constitui? Et iterum eundem curatorem et sub cura agere? haec certe et nominum et rerum foeda confusio est*⁸⁹. De ahí su propuesta unánime de que sea letrado este oficial, pues igual que un tutor único ejercita las acciones y opone las excepciones con mayor facilidad que si fuesen varios⁹⁰, también un Protector letrado podría evitar a los indios la complicación de tener que tratar con dos personas.

Sin embargo, por más que sea letrado, tampoco podrá cumplir su misión el Protector siendo "persona particular, inferior y las más de las veces pobre". La defensa de los indios frente a personas superiores y poderosas, "que son las que mas cargan la mano, y mayor estrago hazen en los Indios", no puede, en efecto, esperarse razonablemente de un Protector desfavorecido o desamparado; por eso, y puesto que el Protector *ex re ipsa nomen accepit*, como dijo Paulo del tutor⁹¹, será conveniente que quede revestido "con el mismo hábito, preeminencia y salario que los mismos Fiscales de la Audiencia", lo que hará de él un ministro togado

⁸⁸ DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 5 retro y nt. 2, cita aquí a Godofredo a propósito de *De periculo tutorum et curatorum*, CJ. 5,38,1, Imp. Alexander (226); la misma cita se encuentra en el *Memorial* de CACHO DE SANTILLANA, art. II nt. m.

⁸⁹ *De legitima tutela*, CJ. 5,30,5,1, Imp. Iustinianus (529); vid. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 6 verso, y DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 6 verso nt. 39, que añade una cita de la Nov. 82, de *iudicibus* etc., pr. (539): *quomodo non maximum vitium erit Reipublicae non eis qui ex se quod agendum sit sciant lites tradere, sed sinere eos quaerere alios, a quibus liceat discere quae ipsos in iudicando eloqui decet?* Argumentando por semejanza con los motivos de excusa de la tutela (D. 27,1,40 y relacionados), CACHO DE SANTILLANA concluye: *quia paria sunt, protectorem non habere, vel cum habere inutilem* (cfr. *Memorial*, art. II nt. o).

⁹⁰ *De administratione et periculo tutorum* etc., D. 26,7,3,6, Ulp. 35 *ad ed.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 19 retro nt. 8; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 18 nt. 143; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. p.

⁹¹ *De tutelis*, D. 26,1,1,1, Paul. 38 *ad ed.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 6 retro nt. 4; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 6 retro nt. *; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. II. nt. p.

a quienes todos temen y respetan⁹². Muy en consonancia con el espíritu de la época y con la mentalidad de los españoles de las colonias, lo que los Memoriales están proponiendo en realidad es proveer el oficio de Protector de Indios dentro del grupo de los nobles y hacendados de las Indias (Del Campo y de la Rynaga era caballero y encomendero, como hemos recordado, y en su Memorial parece autopostularse como candidato para cubrir el cargo); con ese fin vale tanto el recuerdo de los Atenienses, Romanos y Cartagineses, que elegían a sus magistrados entre los ciudadanos más nobles y pudientes, como una cita bíblica basada en el supuesto parecido entre el pueblo de Israel y el de los Indios (*Éxodo*, c. 18: *Provide de omni plebe viros potentes*), como también la alegación de algunos textos del derecho civil en materia de *munera y honores*⁹³.

Según principios de derecho, las calidades que hacen idóneo al sujeto para el cargo de Protector -ser "letrado de mucha satisfacción y experiencia", las resume el Fiscal Cacho de Santillana, cuyas palabras literales reproducen nuestros autores- deben hallarse presentes al tiempo de la elección para el oficio; es ésta una exigencia que se desprende de una regla general ("*qualitas, seu habilitas, quae a principio requiritur, non sufficit, si postea sequatur*") deducida a su vez de varios textos relativos a cuestiones particulares de diferente naturaleza; así, el motivo de excusa en la tutela ha de existir ya al tiempo de nombramiento del tutor, el *iussum* paterno debe preceder a la aceptación de la herencia por el *filiusfamilias* y la manumisión testamentaria dispuesta en favor de un esclavo condenado a prisión temporal no puede hacerse efectiva mientras éste no haya cumplido su pena⁹⁴. En este modo de argumentar se pone de manifiesto una de las características del método científico de los juristas del *mos italicus*: éstos practicaban una *duplex interpretatio* de los textos que, partiendo de la *ratio* de las decisiones casuísticas, y sin especial respeto por la estructura o los límites sistemáticos de las diferentes materias, les servía para fundamentar reglas o principios generales aplicables al tema y al punto concreto que interesaban al autor en la ocasión de turno⁹⁵.

⁹² DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 10 verso y 19 retro; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 14 verso y 18 verso; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III.

⁹³ Vid. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 6 retro - fol. 7; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 7 y nt. 45, fol. 17 nt. 136, donde cita, con algunos textos del Derecho real, los siguientes pasajes: *De muneribus et honoribus*, D.50,4,6 pr., 4,1 y 4,2, *De vacatione et excusatione munerum*, D. 50,5,10,3, y *De his qui numero liberorum vel paupertate excusationem meruerunt*, CJ. 10,52,4 y 6.1. Vid. infra n. 5.d para la prosecución de este argumento.

⁹⁴ Respectivamente, *De excusationibus*, D. 27,1,2, Mod. 2 *excus.*; *De acquirenda vel omittenda hereditate*, D. 29,2,25,4. Ulp. 8 *ad Sab.*; *De poenis*, D. 48,19,33, Pap. 2 *quaest.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 10 retro nt. 3; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 14 retro nts. 92 y 93 (en nt. 95 añade en el mismo sentido una cita de Nov., *de iudicibus* etc., 82 pr.: *nisi potuerunt per se* etc.). Para la aplicación de la misma regla en materia de provisión de encomiendas, vid. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, III,8,44, derivándola, en este caso de D. 45,1,10, D. 2,8,5,1, D. 45,137,6 *in fine*, D. 9,4,4,1 y D. 29,1,25.

⁹⁵ Vid. al respecto COING, *Derecho privado europeo* I cit., p. 48 s.; cfr. ID. "Die Anwendung des Corpus Iuris in den Consilien des Bartolus", en *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* I, Frankfurt a.M., 1982, p. 131 s., 135 ss.

Por último, el parangón con la tutela contribuye también a reforzar la reclamación de que el Protector sea natural y vecino de las Indias. Esta petición, largamente expuesta y razonada en el Memorial de 1626, obedece a la necesidad de que tenga experiencia directa del “gobierno, costumbres, condición, trato, leyes municipales, y particulares ordenanzas de los Indios”, conocimiento de su lengua y “satisfacción” en el sentido de cercanía e interés por los asuntos de su patria (fol. 11 ss.); existe, no obstante, una grave dificultad para atenderla consistente en la prohibición de que los naturales de un lugar tengan en él oficios de justicia⁹⁶. Los Memoriales intentan salvar este importante obstáculo, entre otras vías⁹⁷, a través de una nueva comparación de la Protectoría de Indios con la tutela, tanto la legítima como la dativa; en el primer sentido se alega un texto de Ulpiano recogido en el título *De legitimis tutoribus* del Digesto para argüir que los naturales del Perú, hermanos *iure patriae* de los indios, son por necesaria consecuencia sus “legítimos y fiduciarios protectores”⁹⁸; en el segundo se recuerda el consejo que dio Antonino Pío a una mujer para que el tutor que había de nombrar el juez para sus hijos fuese *ex eadem provincia*⁹⁹.

La comparación de la Protectoría con la tutela no va más allá en los Memoriales; evidentemente, de ella no se deduce una caracterización jurídica completa del Protector de Indios como tutor. Pero tampoco había sido ésta la pretensión de los autores sino sólo reforzar, con el respaldo de aquella comparación, algunos de los aspectos más importantes o conflictivos de su propuesta de establecer (o restablecer) la figura del Fiscal Protector togado y con garnacha¹⁰⁰. En este limitado marco, a las fuentes jurídicas romanas acuden con voluntad tan claramente pragmática como queda subrayado por el uso tópico u ocasional que les hemos visto hacer

⁹⁶ La prohibición se asienta tanto en el Derecho común (D. 4,6,37 y 38 pr.; CJ. 1,40,15 [14]; CJ. 9,29,3[4]; CJ. 12,59[60],2; CJ. 1,41) como en el Derecho real (*Partidas*, I,18,5; *Nueva Recopilación*, III,6,4, III,2,10); cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 15 retro nts. 1 y 2; SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, V,4,29; para la prohibición en la legislación específicamente indiana, vid. *Recopilación de Leyes de Indias*, II,2,35, III,2,17.

⁹⁷ Principalmente, la indagación e interpretación de la *ratio legis* con el fin de moderar la prohibición (en el *Memorial* de 1626, fol. 16 ss.) y el tratamiento del Protector de Indios como oficio municipal (en el de Cacho de Santillana); este último argumento no resulta convincente pues más bien parece ser oficio de justicia: vid. infra n. 5.c.

⁹⁸ DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 19 verso nt. 4; D. 26,4,1 pr., Ulp. 14 *ad Sab.*, y todo el título 4; vid. ya CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. h.

⁹⁹ DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 29 verso nt. 1: *Qui petant tutores vel curatores*, CJ. 5,31,3 (215); vid. ya CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. IV nt.; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 21 retro nt. 173, cita también este rescripto aunque no para el fin que interesa a los otros dos autores; previamente lo ha colocado a modo de lema en el inicio de su discurso.

¹⁰⁰ Los Memoriales que venimos considerando tienen una orientación práctica muy propia de la literatura jurídica del Barroco (cfr. BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 166 s.) y pertenecen al género de la literatura crítica o reformista caracterizado por A. GARCÍA-GALLO, *La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI y XVII*, en ID., *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987, p. 289.

de ellas, recordándolas únicamente en aquellos puntos en los que esgrimir un parecido con el tutor del *Corpus Iuris Civilis* ofrece alguna utilidad desde la perspectiva del autor.

3. El Protector de Indios como oficial de la Corona

Según la ciencia de los juristas, el Protector es el tutor de los indígenas, pero esta afirmación es del todo insuficiente para comprender su funcionamiento y determinar su régimen jurídico. Aquél es además un importante oficial de la Administración de las colonias, y este segundo punto de vista resulta indispensable para una doctrina que, a fin de cuentas, no ignora el momento legislativo de la institución ni desconoce la inserción de ésta en un vasto entramado de amparo de los naturales creado y sostenido por la Corona. De alguna manera, la Protectoría encarnaba una especie de tutela legal o administrativa¹⁰¹, lo cual favorecía su contemplación también desde el ángulo del *ius publicum*.

Los Memoriales contienen numerosas reflexiones en las que la semejanza más o menos evidente con algún magistrado o funcionario romano de cualquier tipo viene a reforzar el argumento relativo al Protector de Indios¹⁰². En líneas generales, esas comparaciones se producen a propósito de los mismos aspectos que en el caso de la tutela, su tono es igualmente pragmático y su ocurrencia no menos tópica o circunstancial. El telón de fondo es siempre la legislación real, interpretada, rectificada o combatida con las razones que proporciona la extensa ciencia del *ius commune*.

La posibilidad de remoción *ad libitum* por parte de los Virreyes iba en perjuicio de la experiencia y capacitación de los Protectores para el cargo, lo que -a mayor abundamiento, siendo ésta una cuestión de hecho- se sustenta en el ejemplo ofrecido por varios textos romanos¹⁰³; no bastando para corregir aquel trastorno el requisito luego introducido de causa justa para destituirlos, pues siempre hallaba el Virrey la forma de encontrar alguna, optan los Memoriales por proponer que los Protectores sean perpetuos¹⁰⁴.

¹⁰¹ El indio se encontraba "ante una especie de tutela legal, administrativa, en la que destacaría por ser la figura más común en la vida de la sociedad indiana, la función del protector junto con la del fiscal de la Real Audiencia": SÁNCHEZ BELLA, DE LA HERA y DÍAZ REMENTERÍA, *o.c.*, p. 63.

¹⁰² Este tipo de comparaciones eran muy habituales en la literatura jurídica de la época, como puede apreciarse por los ejemplos de la *Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, Madrid, 1597, de Juan CASTILLO DE BOVADILLA, y del libro V de la *Política Indiana* de SOLÓRZANO PEREIRA; cfr. BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 223.

¹⁰³ En esta línea, DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 6 retro nt. 42, aduce los siguientes pasajes: Nov. 94 (*De administratoribus*), c. 1 (539): *non enim... hominem forsitan rerum non habente experimentum*; const. *Summa reipublicae*, c. 1; Nov. 82 (*De iudicibus*, etc.) pr.: *non enim...*; I. 4.11.6.

¹⁰⁴ Sólo CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. q, cita a este propósito *De legatis et fideicommissis*, D, 32.65.3, Marcian. 7 instit.: *omne artificium incrementum recipit*, con el principio deducido por la glosa: *artificium namque per exercitium incrementum recipit*.

Ante la ineficacia del Protector, debida al inconveniente de ser hombre particular sin posibilidad de influir sobre la Audiencia ni de tener acceso fácil al Virrey, muchos indios se desplazaban a la capital en demanda de solución para sus asuntos -normalmente simples y de poca importancia- y allí permanecían durante largo tiempo con perjuicio de su hacienda y hasta de su salud. Esta situación es parecida a la que describiera Justiniano en una de sus Novelas en la que prohibió que los pobres acudiesen a Constantinopla para litigar en lugar de plantear sus causas ante los jueces de sus provincias¹⁰⁵. Si en esta ocasión el paralelo parece bien hallado y convincente, seguramente no puede decirse lo mismo de aquel otro símil por el cual la creación de un nuevo pretor en Roma para hacer frente a la afluencia de peregrinos es traída en defensa de la instauración (o de la reposición, en el Memorial de 1671) de un Fiscal Protector en la Audiencia de Lima¹⁰⁶.

Por otro lado, las cualidades que debe reunir el Protector desde el principio, ante todo la mucha experiencia y la mucha satisfacción, consideradas más importantes que el hecho de ser letrado, sólo podrían dispensarse si faltara persona que las tuviese al tiempo de la elección; por más obvia que pueda parecer esta medida, los autores, fieles a su método, no prescinden de autorizarla con la alegación de un texto -concretamente uno relativo a la admisión de los *spuri* de buenas costumbres y vida honesta en el *ordo decurionum* cuando los *legitimi* son insuficientes para llenarlo- y de la regla que derivan de él los doctores: *ubi non est copia aliorum, bene assumuntur minus legitimi*¹⁰⁷. Relacionadas con aquellas cualidades hay también unas virtudes comúnmente requeridas en los magistrados como

¹⁰⁵ Se trata de la Nov. 69, c. 1 (538), cuya cita -en el *Memorial* de DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, fol. 7 retro nt. 49- dice así: *Iustinian. in authent. ut omnes obed. iudic. prov. cap. 1. in fine collat. 5. ibi: Hinc nobis multitudo plurima est interpellantium quotidie. et crebro in talibus causis inquietamur parvarum gratia occasionum, et ipsi multas substinentes importunitates, et videntes plurimam quidem multitudinem virorum, plurimamque mulierum ex propriis locis agitatae, et ad hanc venientes felicissimam civitatem, quorum plurimi etiam mendicantes, et afflicti hic agunt, interdum quoque hic moriuntur circa sublationem bovis, aut equi, aut (ut exiguum dicamus) domesticae gallinae, etc. Quid enim erit durius quam laesum pro re exigua cogi, non in qua offertur Provincia litigare, sed alibi currere, et ibi probationes horum quae pertulit, exigi, etc.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 7-8 nts. 7-8; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. II nt. r. La misma Novela es recordada por SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 28, 54, hablando del Fiscal Protector; y en el *Código Peruano* de Gaspar ESCALONA Y AGÜERO, en apoyo del privilegio de los indios de que sus causas sean despachadas breve y sumariamente (privil. 17, cfr. CASTAÑEDA DELGADO, *o.c.*, p. 325 nt. 263). Los "exemplares en derecho" aducidos por DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 8 nt. 52, sobre la necesidad de tener en cuenta el temperamento de los indios y no hacerles ir a Lima para sus pequeños asuntos están tomados ciertamente desde muy lejos: CJ. 11, 48, 13 (400); CJ. 10, 16, 8 (385).

¹⁰⁶ *De origine iuris et omnium magistratuum*, etc., D. 1, 2, 2, 27 y 28, Pomp. lib. sing. *Enchir.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 28 retro nt. 1; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 11 verso nt. 70; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. y.

¹⁰⁷ *De decurionibus et filiis eorum*, D. 50, 2, 3, 2, Ulp. 3 de off. procons.; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 11 verso nt. 7; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 14 retro nt. 96; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. e.

son la nobleza, la pureza de costumbres y la limpieza de acciones; la pureza de costumbres debe colegirse del buen desempeño de los empleos anteriores, a cuyo efecto es útil la gradación de oficios inferiores a superiores que ya practicaron los romanos; por su lado, la limpieza de manos se comprueba con la experiencia, pero depende asimismo de la falta de aquella codicia que la cortedad de salario o de patrimonio personal puede alimentar en el magistrado¹⁰⁸. Como veremos en el siguiente apartado, Del Campo y de la Rynaga emplea esta última observación para enlazar con su objetivo de lograr la reserva del cargo de Protector de Indios para los nobles y hacendados.

Punto al que los tres Memoriales atribuyen la máxima importancia es la preferencia de los vecinos y naturales del Perú para el cargo de Protector, lo que se considera indispensable a fin de encontrar un sujeto que reúna las referidas cualidades y en particular, aparte de ser letrado, las dos más importantes: experiencia y satisfacción¹⁰⁹; además, dado que se requieren todas juntas, faltando alguna de ellas es como si todas faltasen, según *regula iuris* o “verdad jurídica” de que son expresión varios textos en materia de testamento e institución hereditaria¹¹⁰. En los forasteros, es decir, en los venidos de España, falta el amor y sobra la codicia, no cumplen, pues, el requisito de la satisfacción e incluso llega un autor a reprobarlos, con cita de las XII Tablas incluida, como enemigos de la República¹¹¹. Por razones como éstas defendía Castillo de Bovadilla que el Regidor sea natural y vecino del pueblo -y en todo caso preferido al forastero-¹¹² y ordenaron los emperadores Marciano y Valentiniano que los pretores de Roma y Constantinopla fuesen nombrados de entre aquellos que tienen su domicilio en la ciudad¹¹³.

Aquí, sin embargo, se plantea la ya aludida dificultad de que los naturales no

¹⁰⁸ Apoyo de estas consideraciones son los ejemplos de varias Novelas que DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA cita en su *Memorial*, fol. 15 retro nt. 111, fol. 16 retro nts. 125, 126 y 128, fol. 17 verso nt. 135: Nov. 8, c. 8, Nov. 82 pr., c. 1, 1, Nov. 80, c. 8, Nov. 103, Nov. 17, c. 5, 2.

¹⁰⁹ Sobre “el conocimiento de la tierra” como requisito básico para el buen gobierno y administración de justicia, vid. TAU ANZOATEGUI, *Cauismo y sistema* cit., p. 115 ss.

¹¹⁰ *De condicione institutionum*, D. 28,7,5, Paul. 2 *ad Sab.*; *De heredibus instituendis*, D. 28,5,27,2. Pomp. 3 *ad Sab.*; *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*, D. 28,1,22,4, Ulp. 39 *ad ed.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 11 retro nt. 8; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 14 nt. 86.

¹¹¹ El autor es DE LA RYNAGA SALAZAR y la cita se refiere a la *Lex XII Tabularum*, II,2: *aut status dies cum hoste* (*Memorial*, fol. 14 retro).

¹¹² CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, III,8,5; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 15 nt. 8; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 17 retro nt. 141; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. v.

¹¹³ *De officio praetorum*, CJ. 1,39,2 (450); cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 15 nt. 9; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 17 retro nt. 142; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. x. Para lo que se dirá luego en el texto, téngase en cuenta que los pretores de los que habla la ley de Marciano y Valentiniano son funcionarios locales con competencias poco importantes: vid. G. CERVENCA, en *Lineamenti di storia del diritto romano*² (bajo la dirección de M. Talamanca), Milano, 1989, p. 569.

pueden tener oficios de justicia en su propia patria¹¹⁴. De la Rynaga Salazar trata de superarla desentrañando la *ratio legis* para suavizar la prohibición, y así dice que “la intención de las leyes en su prohibición, no fue, para que ninguno tuviese oficio de justicia en su patria, sino para que no le tuviese qualquiera”¹¹⁵, pudiendo desde luego el Rey dar la garnacha a aquellos naturales que lo merezcan “en premio de su virtud y utilidad de su patria” (fol. 15-16)¹¹⁶. Así se hace en España y así puede hacerse también en las Indias, sobre todo en ciudades como Lima y México en las que, por concurrir en ellas las razones que dijo Cuyacio¹¹⁷, *civibus et incolis magistratum capessere licet*. En conjunto, esta argumentación es más sólida y extensa que la empleada por el Fiscal Cacho de Santillana, el cual, para sortear la prohibición de que venimos tratando, se basaba únicamente en la muy discutible afirmación de que el Protector que él por primera vez proponía era un magistrado municipal y no un oficio de justicia¹¹⁸; este último argumento no deja de ser aludido también por De la Rynaga Salazar (fol. 17 verso), pero no insiste en él sino que más bien lo devalúa subrayando la “tan dilatada jurisdicción” del Fiscal Protector, extendida sobre los indios “de todos los Reynos y Provincias del Pirù, Tierra firme, y Chile, y de los de Mexico, de la China, y del Iapon, que fueren al Pirù” (fol. 17-18).

Cumplíendose en todos sus términos la propuesta de los Memoriales, tendrán los indios un amparo tan perfecto como el que pudiera procurarles directamente el Rey: *quia creditur Princeps, eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide et gravitate, ad huius officii magnitudinem adhiberentur, non aliter iudicatueros pro sapientia, ac luce dignitatis, quam ipse foret iudicatueros*¹¹⁹.

¹¹⁴ Vid. supra, nts. 96 y 97, con el texto correspondiente.

¹¹⁵ Aquí se inserta una cita de las *Pauli Sententiae* V,12,5: “*Ne aut gratiosus, aut calumniosus apud suos esse videatur*, como dixo el Iurisconsulto Paulo” (fol. 15 retro).

¹¹⁶ *De crimine sacrilegii*, CJ. 9,29,3(4) (385), con que concuerdan *Partidas*, I,18,11 y *Nueva Recopilación*, III,2,10; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 16 nts. 6 y 7; con un planteamiento de mayor alcance, SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, V,4,29-30.

¹¹⁷ “*In urbe, ubi est sedes Imperii, et Magistratuum ingens copia, et observatores actus cuiusque multi*”: Cuiac. in rubr. Cod. *Ut nulli patriae suae administratio sine speciali permissu principis permittatur* (CJ. 1.41); cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 16 retro nt. 8.

¹¹⁸ CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III; sin entrar en el fondo del asunto, DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 17 retro, recuerda también este argumento y lo apoya con la cita de CJ. 1,39,2 (nt. 142); cfr. *Recopilación de Leyes de Indias*, IV,16,6: “Que para los oficios se elijan vezinos” (Valladolid, 1554).

¹¹⁹ *De officio praefecti praetorio*, D. 1,11,1,1, Aur. Arc. Char. l. s. *de off. praef. praet.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 19 nt. 6; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 21 retro nt. 174; esta cita avalaba en el *Memorial* de CACHO DE SANTILLANA, art. III nt. o, la propuesta de un candidato propio para el puesto de Fiscal Protector: el doctor don Leandro de la Rynaga Salazar, padre del autor del segundo Memorial; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 4 retro nt. 29, apoya con la cita de *De crimine sacrilegii*, CJ. 9,29,2(3) la alabanza de su abuelo Leandro de la Rynaga Salazar como Abogado de Indios.

4. Otros aspectos de interés

El nombramiento de los Fiscales Protectores propuestos por Cacho de Santillana en su carta de 1614 sufrió una demora inicial como consecuencia de la lentitud de las consultas previas a la decisión; a la altura de 1626, ésta aún no había sido tomada y el proceso seguía encallado en algún trámite que no terminaba de prosperar. Ante esta situación, De la Rynaga Salazar, advirtiendo sobre los peligros de aquel retraso para los indios, apunta como cosa llana la regla de que *ubi est periculum in mora, receditur a regulis iuris communis*¹²⁰, y a continuación interpreta la ordenanza que requiere acumular abundante información, previamente a la determinación de un asunto de interés para el gobierno de las Indias, en el sentido de considerar suficiente la noticia de la materia que la carta de Cacho había puesto ya a disposición del Consejo de Indias; todo ello en vista de que el informe del Virrey no terminaba de producirse o de llegar a su destino: *in alternativis* -dice esgrimiendo otra *regula iuris*- *sufficit alterum adimpleri*¹²¹.

Otro tema interesante que aparece en los Memoriales planteado de modo inmediatamente práctico es la estabilidad o fijeza de las leyes, relacionable con una exigencia de seguridad y certeza jurídica que irá creciendo con el tiempo y a la que repugna, entre otros rasgos del Derecho indiano, el carácter casuístico de una gran parte de la legislación¹²². La ocasión de introducir esta problemática es ofrecida, como es obvio, por la creación de los Fiscales Protectores, pero también por su posterior desaparición y por la petición de que sean restablecidos. En los tres casos se trata de novedades importantes y por eso de medidas que deben mostrar su utilidad para superar la desconfianza con que el derecho contempla la introducción de modificaciones en las leyes y costumbres establecidas: *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*¹²³. Frente a una desconfianza de esta especie, que podríamos calificar de

¹²⁰ *De glande legenda*, D. 43,28,1, Ulp. 1 *ad ed.*; *De novi operis nuntiatione*, D. 39,1,5,11, Ulp. 52 *ad ed.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 22 nt. 1. El mismo argumento había sido utilizado ya por CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. 2.

¹²¹ *De condicionibus et demonstrationibus*, etc., D. 35,1,78,1, Pap. 9 *resp.*, *cum complicibus*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memorial*, fol. 22 nt. 2; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial*, art. III nt. d, cita aquí I. 1,2,12.

¹²² A. GARCÍA GALLO, *La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI*, en *AHDE* 21 (1951) p. 609, 631 ss., 657 s.; TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema cit.*, p. 215 s.; cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica*, en *REHJ* 8 (1983) p. 65. Sobre lo que parece ser un fondo de prevención hacia las novedades en derecho, vid. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II,6,15, III,32,52-53, V,16,19-21, a su vez en aparente contradicción con lo que él mismo declara en V,16,4: en las Indias "todo o lo más es nuevo... o digno de innovarse cada día sin que ningún derecho, fuera del natural, pueda tener firmeza y consistencia, ni las costumbres y ejemplos que hallamos introducidos sean dignos de continuarse, ni las leyes de Roma o España se adapten a lo que pide la variedad de sus naturales (...)". Sobre la mutabilidad como rasgo peculiar de la situación indiana, vid. OCHOA BRUN, *o.c.*, p. 1 s.; BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 170; TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema cit.*, p. 108 ss.

¹²³ *De constitutionibus principum*, D. 1,4,2, Ulp. 4 *fideic.*; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, *Memo-*

estructural, la gran mejoría en el sistema de amparo de los indios que se espera de la creación de aquellos oficiales -cuya novedad, por otro lado, es tan sólo relativa- se considera suficiente para vencer cualquier obstáculo.

Pero si “tan odiosas quanto reparables [son] las novedades en derecho”, como dice Del Campo y de la Rynaga (fol. 10 retro) apuntando una de las causas que pudieron retrasar hasta 1643 la creación de los primeros Fiscales Protectores, la posterior supresión de éstos bien puede compararse a aquellas variaciones que son vituperadas en derecho o vergonzosas¹²⁴. Los ingredientes de su razonamiento, estrechamente dependiente de Solórzano Pereira, son los siguientes (fol. 19 verso): dados “los infinitos males, que de ordinario trae consigo la novedad”, se debe evitar cualquier mudanza cuyo beneficio no sea claramente mayor que ellos; tampoco el cambio de la ley es forma de resolver los inconvenientes que pudieran hallarse en su ejecución, sino un camino seguro para “incidir en mayores daños”; en todo caso, los posibles inconvenientes del Protector togado son menores que los del Protector sin toga que le ha sucedido, razón bastante para preferir aquél siguiendo “la vulgar regla de derecho” que enseña que se ha de tomar o tolerar de dos males el menor¹²⁵.

La comparación con los Fiscales de las Audiencias indianas ofrece nuevos argumentos: las “reglas de derecho” prescriben aplicar el medio más útil y necesario para el fin perseguido¹²⁶, y en el Protector de Indios este medio, igual que en los Fiscales como defensores de la Real Hacienda, no es otro que el ornamento de la garnacha; un honor que se considera tanto más necesario en aquél que en éstos por la diferente entidad de sus respectivos objetos de defensa (la vida y caudal de los Indios frente a la defensa activa y pasiva de la Hacienda) y teniendo en cuenta también aquel “vulgar axioma” que enseña que la solución debe ser igual cuando se da una misma razón de derecho¹²⁷.

Por todos estos motivos, y en definitiva por ser causa más favorable en derecho la de conservar que la de cualquier adquisición¹²⁸, procede desde luego man-

rial, fol. 26 retro nt. 1, con el refuerzo de dos Novelas (Nov. 22 pr. y Nov. 79 pr.) citadas en fol. 27 nts. 2 y 3; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 10 retro nts. 64 y 66 a 68 y fol. 18 retro nt. 146, añade D. 1.3,23 y D. 50,17,183; el texto de Ulpiano citado al inicio es la fuente de *Partidas*, VII,34 (De las reglas del derecho),37.

¹²⁴ CJ. 1.54,6,6 (388), D. 42,1,14; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 12 retro nt. 74, fol. 21 retro nt. 170.

¹²⁵ Regla construida, entre otros materiales, sobre CJ. 1,22,6, constitución relativa al rechazo de los rescriptos alegados en un litigio que parezcan ser contrarios al derecho general o a la utilidad pública, y sobre D. 50,17,200, Iav. 7 ep.: *quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis*; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 19 verso nts. 148 y 149.

¹²⁶ CJ. 3,13,2, D. 3,3,56 y 62, y D. 29,2,77 son en este caso la base textual alegada; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 19 retro nt. 158: “Regul. textus in...”

¹²⁷ D. 9,2,32, D. 45,1,108; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 19 retro nt. 159.

¹²⁸ De nuevo una *regula iuris* derivada de materiales heterogéneos, entre otros: *De his qui sui*

tener al Protector la toga talar o garnacha, que será reparo adecuado a la magnitud del daño que sufren los indios y manera de evitar el llanto por su desaparición y ruina total¹²⁹.

De todos modos, restituir al Protector la toga que fue su distintivo durante la efímera existencia de los Fiscales Protectores no es el único objetivo del Memorial de 1671, sino asegurar la preferencia de los nobles y hacendados indianos para cubrir estos oficios¹³⁰. El punto es escasamente jurídico y los argumentos que lo sustentan de orden más bien socioeconómico y político, pero esto no es óbice para presentarlos revestidos del habitual ropaje jurdicista. Se hace hincapié principalmente en los problemas de los nuevos Protectores letrados sin garnacha, respecto de los cuales se subraya que la retribución insuficiente, la privación de los honores de la toga¹³¹ y el exceso de trabajo conspiran contra la eficacia de su acción tuitiva hasta el punto de hacer preferible, “como de inferiores daños”, el antiguo sistema de Protectores legos apoyados por Abogados de Indios¹³². La pobreza, en particular, es ocasión para la codicia, y al no verse contrapesada por “el señuelo de los honores” vienen a fallar los dos componentes principales de la recompensa que es sin duda el estímulo determinante de toda buena conducta¹³³; en estas condiciones, el cumplimiento escrupuloso de su función de amparo resulta en alguna medida inexigible a los nuevos Protectores, pobres y mal retribuidos, porque -contra el parecer de Ulpiano (error por Florentino) y Calístrato- les haría faltar a su propia y natural conservación y les obligaría a remediar daños ajenos exponiéndose al riesgo de los propios¹³⁴.

vel alieni iuris sunt, D. 1,6,8, Ulp. 6 *ad Sab.*; *De sponsalibus*, D. 23,1,8, Gai. 11 *ad ed. prov.*; *De ritu nuptiarum*, D. 13,2,68, Paul. 1. *s. ad s.c. Turpill.*; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 20 retro nt. 162.

¹²⁹ Las “reglas de derecho” que sugieren “mayor reparo a mayor daño” se dicen contenidas en D.37,10,5, CJ. 6,2,22 y CJ. 7,62,29; CJ. 3,27,1 pr.: *melius enim est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 21 nts. 166 y 168.

¹³⁰ Vid. a este respecto las observaciones de DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Culteranismo, criollismo y derecho común” cit., p. 42 ss.

¹³¹ Sobre el significado de la toga talar o garnacha como signo externo de la dignidad de los magistrados judiciales, fiscales incluidos, vid. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, V,4,13-14 y V,6,5; cfr. BRAVO LIRA, *o.c.*, p. 258 s.

¹³² Una vez más, textos de muy diversa procedencia y contenido son llamados en respaldo de una verdad jurídica común (aquello que se establece para beneficio de alguien no debe convertirse en detrimento suyo): CJ. 1,14,6 (439), D. 34,4,14, D. 1,3,25, D. 35,2,30,7, Nov. 1, c. 1; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 13 verso nt. 77; en tal sentido, se considera también infringido aquel “aforismo político”, asentado en la Nov. 76, c. 1, según el cual el remedio no debe ser peor que la enfermedad (*ibid.* nt. 76).

¹³³ La codicia, originada en la pobreza, hace que, contra las disposiciones del derecho (CJ. 8,4,6 [382]), vengan los agravios de donde se esperaba la defensa contra ellos; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 7 retro nt. 48; el argumento sobre “la esperanza de mayor premio, aliento que esfuerza para el trabajo”, se basa en D. 29,4,26, CJ. 6,25,5 y D. 40,2,9 (*Memorial*, fol. 13 retro nt. 79).

¹³⁴ *De iustitia et iure*, D. 1,3,3, Flor. 1 *Inst.*: *quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure*

Frente a este cuadro tan lamentable se destaca el valor de la nobleza como virtud principal de todas las que deben adornar al Protector. Tan poderosa virtud es ésta que el derecho presume en quien la tiene todas las demás necesarias para el oficio; sólo ella, unida al desahogo económico que normalmente la acompaña, puede asegurar la limpieza de manos (o sea, la falta de codicia) y la fortaleza y el valor que el Protector necesita para el eficaz patrocinio de los indios. Del Campo y de la Rynaga observa cuidadosamente que la nobleza impone al que la goza la necesidad de no degenerar de sus mayores y que no es verosímil que “pueda faltar en el noble aquel Luzero de la sangre de sus mayores” que le predispone a la imitación (fol. 16 verso); si recordamos que el amparo de los indios había llegado a ser una especie de tradición en su familia, bien podemos concluir que Nicolás Matías Del Campo y de la Rynaga, caballero y hacendado, no pensaba en otro candidato mejor que él mismo para cubrir el cargo de Protector de Indios letrado, con garnacha y dignidad de Fiscal a cuya explicación y defensa había dedicado su docto Memorial.

VI. OBSERVACIONES MÍNIMAS SOBRE LA TÉCNICA ARGUMENTATIVA DE LOS MEMORIALISTAS

Según el *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia* de Bermúdez de Pedraza, “Las leyes y cánones se alegan con variedad. Unas veces simplemente, quando ley o canon es caso expreso y determinación individual del hecho para que se alega (...). Faltando ley, pero por la razón della, se puede determinar el caso (...) y entonces semejante ley o canon se alega por *argumento*: que es quando la ley no prueba expressamente el hecho, pero se puede induzir y adaptar a que lo prueve por uno de los casos en que vale el argumento en Derecho (...). Pero si faltare ley o razón de ley, y hubiere ley que determine caso semejante, se ha de determinar por él (...) Y argúyese en Derecho en tres maneras: o por ley, o por razón, o por exemplo. Por ley, quando la hay que expressa o virtualmente determine el caso (...). Por razón se arguye, quando falta ley, pero ay razón natural que lo dicta (...) porque la razón es el ánima de la ley, y assi, el que arguye con razón, no arguye sin ley. Con exemplos se arguye también por autoridad, no sólo de los hechos de los sanctos y christianos, pero de los gentiles y paganos (...)”¹³⁵.

En este y en otros párrafos de su obra expone Bermúdez de Pedraza un conjunto de instrumentos propios del razonamiento jurídico que naturalmente no eran desconocidos para los autores de nuestros Memoriales. Dejando de lado la aplica-

fecisse existimetur; De operis libertorum, D. 38,1,38, Callis. 3 ed. mon.: *hae demum impositae operae intelliguntur, quae sine turpitudine praestari possunt, et sine periculo vitae*; cfr. DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, *Memorial*, fol. 13 retro nts. 81 y 82.

¹³⁵ FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, Salamanca, 1612, cap. 13: *Rudimento* 13: [1], [3], [4] y [5]; recogido por A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* II. *Antología de fuentes del antiguo derecho*, Madrid, 1982, p. 153 s. Hay una edición moderna del libro de Bermúdez de Pedraza: Madrid, Civitas, 1992.

ción directa de la ley al caso expresamente previsto por ella, la identificación y utilización de la *ratio legis* como criterio interpretativo que guía la aplicación de la norma en un caso determinado, o para deducir de ella un principio de alcance más general, aparece testimoniada en varias ocasiones en ambos documentos¹³⁶; de manera que se puede afirmar, con palabras de Orestano perfectamente adecuadas para la ocasión, que los autores se dirigían a los textos del *Corpus Iuris* para tomar de ellos más el *sensus* que los *verba*¹³⁷. La misma constatación cabe hacer sobre el recurso a la analogía propiamente dicha¹³⁸ -además de su aplicación, ya desde un plano muy general, a partir de la equiparación del Protector con el tutor y de su comparación con los magistrados y funcionarios romanos- y en cuanto a la alegación de ejemplos, jurídicos o no jurídicos, como argumento de autoridad¹³⁹.

Pero lo que predomina en los Memoriales, siempre en relación con la utilidad eminentemente pragmática que sus autores buscan obtener de los textos romanos, es quizás la formulación y alegación de axiomas o reglas de derecho construidas a base de generalizar elementos que suelen ser muy heterogéneos¹⁴⁰. Sin ánimo

¹³⁶ Así, por ejemplo, en el Memorial de 1626, a propósito de la prohibición de que los naturales tengan oficios de justicia en su propia patria: vid. supra, nts. 114 a 117 y texto correspondiente.

¹³⁷ ORESTANO, *o.c.*, p. 66.

¹³⁸ En el Memorial de 1671 destaca en este sentido la analogía del Protector con los Fiscales de Audiencias y la explícita alegación a este respecto del "vulgar axioma que enseña una misma disposición donde se halla igual razón de derecho" ("*ubi eadem ratio, ibique eadem legis dispositio*"): vid. supra nts. 126 y 127 y texto correspondiente. Cfr. A. STEINWENTER, "Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie", en *Festschrift Schulz II*, Weimar, 1951, p. 348 s.; señala este autor (*ibid.*, p. 352) que la doctrina de los comentaristas sobre la *extensio legis*, convertida en *communis opinio*, se transmitió de generación en generación mientras el *mos italicus*, del cual aquélla era parte integrante, se mantuvo vigente como método de la ciencia jurídica y de la aplicación del derecho.

¹³⁹ Paradigmático en este sentido es el recuerdo de los Atenienses, Romanos y Cartagineses y de Israel para respaldar la preferencia de los nobles y hacendados para el oficio de Protector: vid. supra nt. 93 y texto correspondiente; también los ejemplos traídos de Justiniano en cuanto al perjuicio causado a la experiencia y capacitación de los Protectores por la posibilidad de remoción *ad libitum* por los Virreyes (vid. supra nt. 103 y texto correspondiente) y el ejemplo de varias Novelas en relación con la afluencia de indios a Lima en demanda de justicia y con la virtud de la limpieza de manos que debe exigirse en el Protector: vid. respectivamente supra nts. 105 y 108 con su texto correspondiente.

¹⁴⁰ COING, "Die Anwendung des Corpus Iuris" cit., p. 134. De las reglas o axiomas se ocupa BERMÚDEZ DE PEDRAZA en los *Rudimentos* 19 a 21 de su *Arte legal para el estudio de la Jurisprudencia*; de su tratamiento cabe destacar esta observación: "La segunda parte de las reglas no es de las que se sacan de las palabras de las leyes, sino de la mente dellas, sin retener ni una sola palabra. Y es mas dificultoso, porque pende todo de especulación e ingenio, porque estas reglas no se forman de las palabras de la ley, sino de la razón della, sutilmente explicando no lo que el jurisconsulto dixo, sino lo que sintió" (*Rudimento* 21: [1]); cfr. GARCÍA-GALLO, *Manual* II cit., p. 157. La predilección por las *regulae iuris* y los principios se explica en parte por el valor de razón que se otorgaba al Derecho romano.

exhaustivo, y sin reproducir el contexto en el que son invocadas ni reiterar su base textual, podemos recordar aquí las siguientes: 1) “*qualitas, seu habilitas, quae a principio requiritur, non sufficit, si postea sequatur*”; 2) “*ubi non est copia aliorum, bene assumuntur minus legitimi*”; 3) “donde se requieren dos [calidades], o mas juntas, en faltando una, es como si todas faltasen”; 4) “*ubi est periculum in mora, receditur a regulis iuris communis*”; 5) “*in alternativis sufficit alterum adimpleri*”; 6) “el menor mal comparado con el mayor se reputa por bien”; 7) se ha de aplicar el medio que parece más útil, conveniente y necesario para el fin perseguido; 8) “cuya causa [conservar] en derecho es mas favorable que la de cualquier adquisición”; 9) se debe buscar “mayor reparo a mayor daño”; 10) el “aforismo político, que enseña, no ser buenos los remedios, cuando traen consigo mas daño que la enfermedad”. Todas ellas sirven en los dos Memoriales para orientar la solución de algunos puntos dudosos en el sentido más favorable a la propuesta de Fiscal Protector defendida por sus autores.